G. Legs 25-A-3

SIRO SOLAZZI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO
NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

2

IL CONCORSO DEI CREDITORI NEL DIRITTO ROMANO

VOL. III

ISTITUTO GIURIDICO UNIVERSITÀ MODENA

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
NAPOLI — 1940-XVIII

PROPRIETA' LETTERARIA RISERVATA

Stampato in Italia

CAPITOLO XII.

La distractio bonorum ex edicto.

1. — Questo caso di *distractio* (1) ha origine dall'editto « *si pupillus heres tutorem non habebit* » (2).

(1) Potei darne la dimostrazione esegetica in *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 16 (1904), p 89 sgg. Anteriormente v'erano state allusioni poco chiare ed inesatte. Il Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozes*, II, p 690 nel testo si occupa solamente della *distractio* per le *clarae personae* e nella n. 125 soggiunge che un *curator bonis distrahendis* viene costituito anche per il pupillo ecc., allegando le ll. 6 pr. D 42. 5 e 7 § 11 D. 42. 4. Ma nel vol. III, p. 321 l'autore par quasi pentito della sua audacia, perchè scrive che la *distractio* nell'epoca classica aveva luogo eccezionalmente *solo* per le persone di rango senatorio. Meno confusa è l'indicazione dello Zimmern, *Gesch. d. röm. Privatrechts*, III, p. 256, il quale nel testo afferma essere effetto della *distractio* che un eventuale avanzo debba essere restituito al debitore e nella n. 5 cita la l. 6 pr. D. 42. 5. Per altro neanche lo Zimmern è coerente, giacchè a p. 241 (testo alla n. 11) dichiara che l'*interpretatio*, pur avendo equiparato ai pupilli i furiosi e i prodighi, tuttavia concedeva contro di questi la *venditio* in caso di bisogno, ciò che egli desume da D. 42. 4. 7. 9-12. Più nitida è la formulazione del principio nel Bachofen, *Röm. Pfandrecht*, I, p. 299 n. 2: « deve ammettersi una *distractio* anche nei casi che parlano della restituzione dell'avanzo al debitore (7 § 11 D. 42. 4; 6 pr. D. 42. 5; 45 § 12 D. 49. 14; 10 § 2 C. 7. 72) ». Ma vedi dello stesso autore le pp. 290 n. 7 e 298 n. 13. Poi si deve mettere da parte la costituzione, che è di Giustiniano, ed il fr. 45 § 12, che tratta di esecuzioni fiscali, vale a dire « extra ordinem ».

Il risultato del mio studio, che l'eredità devoluta al pupillo e i beni delle persone soggette a curatori fossero liquidati mediante l'alienazione dei singoli cespiti, è accolto da molti.

Cfr. Arangio Ruiz, *Studi Fadda*, I, p 314, *Istituzioni*[4], p. 146; Rotondi, *Bonorum venditio*, p. 128 sgg.; Ramadier, *Missio*, p. 145 sgg.; Engelmann, *Missio*, p. 34, n. 22 *b*; Costa, *Profilo del proc. civ. rom.*, p. 99; Wenger, *Röm Zivilproz.*, p. 230 e n. 41; Perozzi, *Istituzioni*[2], II, p. 78; Di Marzo, *Istituzioni*, p 121; Longo G., *Manuale*, p. 91; ecc. Il Lenel portava l'autorità della sua adesione in *Edictum*[2], p. 404, n. 4; ved. anche *Edictum*[3], p. 419, n. 11.

(2) Da me ricostruito in *Concorso*, 1, p. 546 sgg. La dimostrazione persuase il Lenel, *Edictum*[3], p 419 sgg.

Iniziamo la ricerca con lo studio di D. 42. 7. 1 (Paul. 57 ad ed.).

> Si quis sub condicione heres institutus est, cogendus est condicioni parere, si potest, aut, si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, vendenda erunt bona defuncti. 1. Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit aut bona vendenda. Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet.

Il principio dichiara che, se l'erede è istituito sotto condizione, deve essere costretto ad adempierla, ove possa; che se risponda di non voler adire l'eredità, anche verificandosi la condizione, si fa luogo alla *venditio bonorum*. Già questa maniera di esprimersi è curiosa. Poichè l'istituito è libero di accettare o rifiutare l'eredità, egli non sarà costretto, ma unicamente sollecitato ad eseguire la condizione. Per tale opera di affrettamento *cogendus* è sbagliato. Se la condizione è potestativa, l'erede può rispondere « non voglio adempierla » o, ciò che torna lo stesso, « non voglio saperne dell'eredità »; ma non può, chi sia uomo di senno, rispondere « non intendo adire l'eredità, ancorchè dovesse verificarsi la condizione potestativa »! Se poi si tratta di una condizione casuale o mista, prima di pensare al caso che l'erede ripudii subito l'eredità, bisognerebbe che il giureconsulto dicesse quale sia la regola pel caso che l'erede voglia, come è più naturale, attendere l'evento della condizione.

L'alternativa « cogendus est... si potest — aut si responderit... » non è precisamente esatta (1). Nè basta correggere « aut *si non potest et* responderit », perchè quest'ipotesi dovrebbe essere considerata di seguito alla soluzione del caso normale, che, come abbiamo detto, consiste nel diritto e nella volontà dell'istituito di aspettare l'avverarsi della condizione. Invece sembrerebbe che il caso normale fosse previsto per ultimo, « quod si nihil facere potest... »; e la frase per indicare le condizioni non potestative è così barocca che il LENEL (1), sospettando non sia di Paolo, deve essersi apposto al vero (2). Ma ha avuto il torto (3) di difendere la lezione « *aut* bona vendenda ». Non già che si debba accettare la congettura del MOMMSEN, il quale propone di leggere « *nec* vendenda » (4); il frammento è interpolato e conviene astenersi da ogni correzione. Bensì, come l'antitesi col pr. vale a stabilire il significato della frase « quod si nihil facere potest », e cioè che essa alluda alle condizioni non potestative, dovremo ammettere che, nell'attesa dell'avveramento della condizione, si applichi l'editto (5) con l'immissione dei creditori nel possesso ed eventualmente con la nomina del curatore, ma non potremo parlare di vendita.

(1) Sarebbe anche da rilevare che il creditore interrogante domanda al chiamato « an heres sit », non già se abbia adito l'eredità o se voglia adirla; quindi, rigorosamente parlando, non vi è posto per un « respondere se non

pertinere » come in D. 29. 2. 70. 1. Il DEMELIUS, *Confessio*, p. 259, n. 2, giustifica queste risposte, perchè ambedue i passi trattano di una delazione condizionata e però la domanda potrebbe essere diretta solo al futuro, cioè dopo l'avveramento della condizione. Ma, appunto perchè l'*interrogatio* dovrebbe essere concepita in termini diversi dai normali, è da guardare anzitutto se sia proponibile.

(1) *Palingenesia*, I, 1075, n. 1.

(2) Di altro avviso è NABER, *Mnemosyne*, 25, p. 296, n. 4. Ma i testi ch'egli cita (21. 2. 56. 6; 39. 2. 7. 2 e 24 pr.) usano il « nihil facere » per indicare l'inazione, l'inerzia del soggetto. Per « quod si » ha steso un lungo elenco di frammenti sospettati GUARNERI CITATI, *Obblig. indivisibili*, p. 38, n. 3.

(3) Ibidem, n. 2.

(4) Lo segue RAMADIER, *Missio*, p. 114, n. 1. Contro LEIST, continuaz. di GLUECK, *Comment. alle Pandette*, libri 37-38, parte IV, p. 255, n 68; RABEL, *Grundzüge*, p. 532, n. 2.

(5) « Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere, et, si ita res urgueat vel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur » (D. 42. 4. 8). Vedi anche vol. I, p. 92 segg.

Colma la misura il sapere che il diritto classico non riconosceva la rinuncia dell'eredità « ante condicionem existentem ».

> D. 29. 2. 13 pr. (Ulp. 7 ad Sab.). — Is qui (1) heres institutus est [vel is cui legitima hereditas delata est] repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset: ceterum heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit condicio, etsi in arbitrium collata est.

La trasformazione, a cui è stato assoggettato D. 47. 2. 1, ha causa precisamente nella volontà dei commissarii di abrogare il principio classico (2).

2. — Infatti un'analoga manipolazione (3) si riscontra in D. 29. 2. 70. 1-2 (Paul. 57 ad ed.).

> Si vero ei, ad quem legitima hereditas potest pertinere, condicio data sit, nihil constituere potest de legitima, antequam dies condicionis transeat, et ideo dicendum est et in eo casu. 2. Si respondit neutram hereditatem ad se velle pertinere, bona defuncti a creditoribus possidenda sunt.

(1) « Sine cretione » inserisce LENEL, *Paling.*, II, 1034, n. 4, seguendo Gai. II, 168-169. Lo stesso LENEL (ivi, n. 5) ha veduto l'interpolazione (o glossema?) « vel is .. delata est »: chè l'eredità legittima è sempre « in ea causa, ut et adiri posset ».

(2) CUIACIO, *In lib.* 57 *Pauli ad edictum* ad h. l. (*Opera*, ed. Neapol., V, 763) ha escogitato una conciliazione di D. 42. 7. 1 e 29. 2. 70 con D. 29. 2. 13 pr. che non regge alla critica. Non varrebbe la rinuncia emessa semplicemente, ma sarebbe efficace la rinuncia fatta « in iure » richiamando la condizione (« sub commemoratione condicionis »). Osserviamo che tutti i testi riguardano la risposta data all'« interrogatio in iure »; e che, dovendosi presupporre la notizia dell'istituzione e delle sue modalità, la rinuncia, espressamente o tacitamente, si riferisce anche alla condizione.

(3) Non si può accettare la congettura del NABER, op. cit., 25, p. 294 sgg.

Il MOMMSEN ha visto che le parole « et ideo... in eo casu » non dànno alcun senso plausibile (1). Ma, quando egli pensa di sostituire « et *idem* dicendum est et in eo casu *de bonorum possessione* », si deve ancora una volta respingere l'emendazione e ritenere l'intervento dei compilatori (2). Se il § 2 si riferisce alla stessa ipotesi del § 1 (e manca invero qualsiasi accenno ad un'ipotesi diversa), se cioè ammettiamo che l'eredità testamentaria fosse sottoposta a condizione, il § 2 contradirebbe al paragrafo precedente, consentendo la rinuncia simultanea ad entrambe le delazioni, testamentaria e legittima. Ed anche se immaginiamo un'istituzione pura, vi sarebbe antinomia col pr. del passo, il quale esige che prima si ripudii l'eredità deferita in base al testamento, poi la legittima.

Vero è che D. 29. 2. 77 (Pompon. 8 ad Quintum Mucium) insegna il contrario.

> Illud dubitari potest, an, si, cum testamento heres institutus essem ab eo, qui etiamsi intestatus decessisset, legitima hereditas eius ad me pertineret, an simul utramque hereditatem repudiare possim, quoniam antequam ex testamento hereditatem repudiarim, legitima nondum ad me pertinet. Verum eodem momento intellegor et ex testamento et legitimam repudiare, sicuti, si legitimam velim ad me pertinere, cum sciam testamento mihi relictam, videbor ante repudiare testamentum et ita legitimam adquisisse.

L'interpolazione del frammento pomponiano è stata sospettata dal DI MARZO (3), il quale pensa che Pomponio risolvesse lo stesso caso esaminato da Ulpiano (7 ad Sab.) in D. 29. 2.17. 1. Si noti peraltro che anche il passo ulpianeo è stato rimaneggiato dai compilatori.

(1) Cfr. anche NABER, op. cit., 25. p 294, n. 16.

(2) Così ora anche BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 472.

(3) *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Q. M.*, p. 60 segg.

Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem: sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse: si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

Vi è qui una decisione che non armonizza con la regola esposta da Paolo in D. 29.2.70 pr., secondo cui l'erede testamentario ed in pari tempo legittimo deve ripudiare l'eredità testamentaria prima della legittima. Di più il fr. 17. 1 si contradice da sè medesimo. La rinuncia dell'erede legittimo, che ignora la delazione testamentaria, non è valida nemmeno per l'eredità legittima, « quoniam nondum ei fuerat delata ». Ma questo motivo è vero, anche se l'erede conosca di essere stato istituito nel testamento. Finchè l'istituzione non sia deserta, non si fa luogo alla delazione legittima, « quoniam » — si legge in Pomponio — « antequam ex testamento hereditatem repudiarim, legitima nondum ad me pertinet ». Il testo genuino di Ulpiano doveva sonare così:

« ...sed si quasi legitimus repudiaverit, ei repudiatio non nocebit neque ad testamentariam... » (1).

La ricostruzione del testo di Pomponio proposta dal Di Marzo è assai felice. Ma, se anche si volesse dubitare che il caso risoluto nel testo genuino, a cui si sarebbe riferita la decisione soppressa dai compilatori innanzi al « quoniam antequam ex testamento...», fosse proprio quello previsto nella prima parte del frammento ulpianeo « heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit », certo è che Pomponio negava l'efficacia della rinuncia simultanea all'eredità legittima ed alla testamentaria, e che le parole finali

(1) Per la forma, si notino i tempi « si repudiaverit — si scit, si ignorat », neutri « utrumque, ad neutrum » in luogo del femminile concordante con « hereditatem », l'ellissi di *esse* in « institutum ».

« verum eodem momento... legitimam adquisisse » non provengono dal giurista classico.

Ricapitolando, in D. 29. 2 tre passi alterati dai commissarii (17 § 1, 70 § 1-2, 77) cozzano con un frammento genuino (13 pr.). I primi, a cui si aggiunge il fr. 1 D. 42. 7, devono necessariamente avere la vittoria nella legislazione giustinianea, per la quale l'*edictum successorium* — e mi pare opportunamente — ha perduto un po' della sua asprezza.

3. — Torniamo a D. 42. 7. 1. Chi voglia ricostruirne il contenuto originario, deve far capo al fr. 23 D. 28. 5 (Pompon. 1 ad Sab.).

Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest et tamquam heres distrahere hereditatem (1).

1. Sed si bonorum possessionem non admittat, sed condicionem trahat cui facile parere possit, veluti « si servum quem in potestate habeat manumiserit » nec manumittat, hic praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.

2. Item si condicioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit (2), veluti institutione col-

(1) Senza sufficienti ragioni il NABER, op. cit., 25, p. 295, fa *tabula rasa* di quasi tutto il principio. *Certum vel* sarebbe interpolato, perchè « heres non potest institui ex certo tempore aut ad certum tempus ». Ma noi sappiamo che il termine si aveva per non apposto (D. 28. 5. 34 di Papin. 1 definit.) e quindi giustamente afferma Pomponio che l'erede istituito « in diem certum » può ottenere la *bonorum possessio*. Si vogliono poi espungere le parole « is bonorum... hereditatem » del pr. e « sed — bonorum possessionem non admittat sed » del § 1, quantunque si riconosca che l'erede, pendente la condizione, può chiedere la *bon possessio* (D. 37. 11. 2. 1, 5 pr., 6, 10, 12 i. f.; 37. 4. 3. 13; 46. 5. 8 pr.), perchè « hic inserta nexum sermonis conturbant ». Ma la critica non mi sembra fondata. Il giureconsulto comincia con lo stabilire che l'erede sotto condizione può fare l'« agnitio bon. possessionis » e rispondere verso i creditori; poi passa ad indicare i provvedimenti che occorrono quando l'erede « bonorum possessionem non admittat ».

(2) La proposizione « quam. . habebit » è superflua; il futuro « habebit », in luogo di « habeat » o « habet », non è giustificato. Ritengo, come ho scritto in *Dir. ereditario rom.*, II, p. 161, n. 4, che si tratti di un glossema.

lata in alterius factum aut quendam casum, « si ille » puta « consul factus fuerit », tunc postulantibus creditoribus constituet praetor, nisi intra certum tempus hereditas optigerit aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere iussurum et interim quae urguebunt per procuratores distrahi iussurum.

Se la condizione, a cui è subordinata l'istituzione, è potestativa, il pretore fissa un termine, entro cui si deve adempierla e adire l'eredità. Se invece la condizione non è potestativa, ma dipende dal fatto altrui o dal caso, i creditori hanno solamente il diritto di chiedere che il pretore stabilisca un termine, trascorso il quale, senza che la delazione si verifichi e si faccia l'adizione, essi saranno immessi nel possesso dei beni del defunto (1).

In D. 42. 7. 1 Paolo doveva svolgere lo stesso ragionamento di Pomponio. Se non è in potere dell'erede di adempiere la condizione, allora, fin quando è possibile che si verifichi la condizione casuale o che il terzo compia il fatto dedotto in condizione, non è escluso che il defunto abbia un erede, e perciò non è lecito procedere alla vendita; soltanto, protraendosi soverchiamente l'incertezza, ai creditori potrà essere accordata la *missio* ed essere nominato un curatore. I giustinianei ammettono anche in questo caso la vendita alternativamente con la nomina del curatore (« curator bonis constituendus erit aut bona vendenda »), perchè pensano alla

(1) Il NABER, op. cit., 25, p 295, n. 10, è sorpreso che non interceda alcuna differenza tra l'erede che « condicionem trahit » e quello che « condicioni parere non potest ». Ma la differenza c'è, e sostanziale. Ad ambedue viene prefisso un termine, trascorso il quale, se la condizione è potestativa, l'eredità si ha per rifiutata e i creditori sono immessi nel possesso della medesima con diritto di venderla; se la condizione non è potestativa, i creditori ottengono solamente il possesso.

Quanto alla forma del § 2, si nota che « *creditoribus* possidere *iussurum* » non è latino (cfr. SCHULTING, *Notae* ad h. l.; NABER, *op. cit.*, 25, p. 295, n. 9); ciò che suggerisce al MOMMSEN di leggere « permissurum ». Il resto « et interim... iussurum » è probabilmente un glossema: ved. sopra vol II. p. 8. n. 1 e già in *Dir. ereditario rom.*, II, p 161, n. 5.

rinuncia preventiva, da loro ritenuta efficace, dell'istituito sotto condizione. Al contrario, quando la condizione consiste in un fatto dell'erede stesso e questi lascia trascorrere inutilmente il termine assegnatogli dal pretore, si procede alla *bonorum venditio*. Paolo lo dice esplicitamente in D. 42. 7. 1 pr., « vendenda erunt bona defuncti »; e Pomponio lo fa capire in modo chiaro, poichè afferma (D. 28. 5. 23. 1) che il pretore applica « edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas », cioè l'editto sul *tempus ad deliberandum*.

Come ormai è evidente, sono interpolate le parole « aut bona vendenda » (1) nel fr. 1 § 1 D. 42. 7. Nè si opponga che i compilatori avrebbero detto « bona distrahenda »; qui i commissarii hanno usato « bona vendenda », forse perchè questa frase si trovava nel testo genuino ad indicare la conclusione del procedimento, dopo trascorso il termine, nel caso di istituzione sotto condizione potestativa. Anche in D. 29. 2. 70. 2 hanno scritto « bona defuncti a creditoribus possidenda sunt », probabilmente perchè si sono serviti di locuzioni del testo originale, senza badare che, rifiutate dal chiamato entrambe le delazioni, poichè « in legitimis hereditatibus non fit successio », si cade sotto la disposizione dell'editto « cui heres non extabit », onde i creditori sono autorizzati a vendere i beni e non semplicemente a possederli (2).

(1) Il dilemma « curator bonis constituendus erit aut bona vendenda » ha spesso travisato l'esegesi dei romanisti. Cfr. p. es. DERNBURG. *Emtio*, p 23, n. 25; TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, p. 208.

Il NABER, op cit., 25, p. 296, ritiene interpolate le parole « curator... vendenda sed » Ma il confronto col testo di Pomponio è più favorevole a quest'altra ricostruzione: « curator bonis constituendus erit *qui distrahet quae urguebunt*; sed si grave... ».

(2) D. 26. 7 55. 4, che BINDER, *Korrealobligationen*, p. 343, n. 39 *b*, crede assolutamente tribonianeo, ha « cuius bona venierunt »; e « bona vendere » si legge in D. 42. 4. 7. 13, per cui cfr. MOMMSEN ad *h. l.* e BESELER, *Beiträge*, II, p. 104.

4. — Insieme con D. 42. 7. 1. 1, nelle parole « per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum ... pupillus heres tutorem non habeat », anche D. 28. 5. 23. 3 contiene un'allusione all'editto di cui stiamo cercando le tracce.

> Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum imminet: per procuratorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat.

Il NABER (1) osserva che nel § 2 antecedente, « si condicioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit », la frase « quam... non habebit » sovrabbonda, mentre nel § 3 sarebbe necessaria. Infatti il § 3 continua l'ipotesi del § 2, accordando al *curator bonorum* (2), oltre la facoltà di compiere le vendite urgenti, di cui nel § 2, anche il potere di sodisfare l'« aes alienum quod ex poena crescit ». Ma, con l'aggiunta proposta dal Naber, il nesso tra i due paragrafi non è migliorato, restando sempre da giustificare la ripetizione del presupposto « si ... institutus sit », che è comune al trattato svolto nei due paragrafi. Il confronto con D. 42. 7. 1. 1 ci persuade che l'alterazione consista nell'inserzione di « sub condicione quis heres institutus sit et » (3).

Pure la comparazione fra i due testi, ad uno dei quali manca l'inciso « et maxime si publicum debitum imminet », e la predilezione dei compilatori per « et maxime » possono far dubitare che l'inciso non sia classico (4).

(1) Op cit., 25, p. 295, n. 8.

(2) *Procuratorem* nel § 3, come *procuratores* nel § 2, non è genuino. Vedi sopra vol. II, p. 8, n. 1.

(3) Il NABER, op. cit., p 296, espunge « quis ».

(4) Quando il debito è accompagnato da una penale, gli altri creditori hanno interesse che sia soddisfatto per non accrescere il passivo dell'ammontare della penale. Ma, fuori di questo caso, se il creditore non è privilegiato, pagandolo si offende la « par condicio creditorum ». Ulpiano (63 ad ed.) in D. 49. 14. 6 annovera anche il fisco tra i creditori privilegiati; e non potrebbe essere altrimenti in un'opera pubblicata sotto Caracalla, perchè varii rescritti di questo principe (C 4. 46. 1; 7. 8. 2 insieme col padre; 7. 73. 2; 8. 18. 2) ricordano il privilegio del fisco, che sembra confondersi col pegno generale, di cui è cenno più o meno esplicito e più o meno vero in altri passi. Cfr. *Fragm. de iure fisci* 5; D. 18. 3 8 di Scaev. 7 digest.; 40. 1. 10 di Paul. 2 imper. sentent.; 46. 1. 68. 1 di Paul. 3 decret.; 49. 14. 18. 10 di Marcian. l. sing. de delator. con citazione di Papiniano e Marcello; 49. 14. 19 di Papin. 10 respons.; 49. 14. 20 di Papin. 11 resp.; 49. 14. 21 di Paul. 3 quaest. con citazione di Marcello; 49. 14. 46. 3 di Hermogen. 6 iur. epitom.; 49. 14. 47 pr. di Paul. 1 decret.; 50 15. 5. 2 di Papin. 19 resp.; C. 7. 73. 3 di Antonin.; 8. 14. 1 di Antonin.; 8. 14. 2 di Antonin.; 8. 40. 11. 1 di Alexander; 10. 1. 1 di Sev et Anton. Ignorando noi l'origine del privilegio fiscale (cfr LENEL, *Edictum*[3], p. 430), sarebbe lecito dubitare che non esistesse ancora al tempo di Pomponio, se da D. 2. 14. 10 pr. (Ulp. 4 ad ed.) non sembrasse essere più antico di Antonino Pio.

> Reseriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? Num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio nocent, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes Et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium reseripsisse fiscum quoque in his casibus in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.

Il GRADENWITZ, *Interpolationen*, pp. 20 e 89, riprese il lavoro della critica, già iniziata su questo passo del FABRO, *Rationalia* ad h. l., opinando che « in his casibus... non habet » sia interpolato, perchè solo con Caracalla sarebbe sôrta l'ipoteca legale del fisco. Lo seguì il LENEL, *Paling.*, II, 434, n. 1 e 2, esprimendo il medesimo giudizio anche per la chiusa « haec enim..., conservanda sunt ». Ma poi il KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 216 sgg., rese verosimile che l'ipoteca legale sia di data posteriore all'età stessa dei Severi; ed il MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, p. 373, n 68, ribadì e precisò tale conclusione, cercando l'uno e l'altro in vario modo di spiegare i luoghi delle fonti sopra citati che le sono contrarii. Cfr. anche FEHR, *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht*, p. 65; ERMAN, *Mélanges Girard*, I. p. 421, n. 3. Per altra via muove all'attacco il BESELER, *Beiträge*, II, p. 23, il quale domanda se « et repeto... » sia genuino. Io col FABRO comincerei dal sospettare tutto il periodo « sed an... absentes »: ved. più avanti al cap. XVI. Poi osserverei che il rescritto del divo Pio probabilmente si sarà occupato solo del fisco (o dell'erario, di cui il fisco terrebbe il posto per interpolazione?) e le parole « et ceteros privilegiarios » saranno una delle solite generalizzazioni dei compilatori: ciò che opina anche il FABRO (loc. cit.). Resta dunque incerto se Antonino Pio considerasse l'erario (o il fisco) come un creditore privilegiato e se il fisco abbia ereditato il privilegio dall'erario E poichè gli altri testi che ricordano un tale privilegio per il fisco (Paul. V. 12. 10; D. 42. 5. 34 di

Il procuratore, a cui D. 28. 5. 23. 3 affida il pagamento dei debiti con clausola penale, non è autentico; ed io sup-

pongo (1) un errore del manoscritto, che dà *procuratorem* in luogo di *curatorem*. Ma, comunque si voglia decidere, questo particolare non imbarazza lo studio seguente.

5. — Così il fr. 23 § 3 D. 28. 5 come il fr. 1 § 2 D. 42. 7, per illuminare la facoltà del curatore di soddisfare i debiti ereditarii, richiamano due casi analoghi: quello che il « venter in possessione sit » e l'altro che « pupillus heres tutorem non habeat ».

È superfluo ricordare che la *bonorum possessio* del *venter* è regolata da apposito editto (2); che per lo meno della costituzione del *curator ventris* si occupava lo stesso editto (3); che accanto al *curator ventris*, su richiesta della pregnante, era nominato anche un *curator bonorum*, o altrimenti i creditori erano autorizzati « in custodia bonorum esse » (4); che

Marcian. 5 regul.; 49. 14. 6 di Ulp. 63 ad ed.; 49. 14. 33 di Ulp. 1 resp.; 49. 14. 37 di Papin. 10 respons.; 49. 14. 48. 1 di Paul. 2 decret.) cadono nell'età dei Severi, non possiamo escludere, ma nemmeno recisamente affermare, che nel frammento di Pomponio 1 ad Sab., scritto sotto Adriano, siano un anacronismo le parole « et maxime si publicum debitum imminet ». Io lo sospetto (cfr. anche RABEL, *Grundzüge*, p. 532, n. 2), sia pei motivi indicati nel testo, sia anche per la coincidenza che questo emblema (o forse glossema) avrebbe con quello di un'altra opera di Pomponio 11 epistul. (D. 49. 14. 35), dove il giureconsulto, essendo un'eredità controversa tra i privati ed il fisco (erario?), cercava se « ius fisci ante exentiendum sit et sustinendae actiones ceterorum (intendi gli altri pretendenti all'eredità), ne publicae causae praeiudicetur ». Ed ora non solo la disputa è stata soppressa e con essa anche la soluzione, poichè il quesito proposto si chiude subito con « idque senatus consultis expressum est », ma, aggiungendo « an nihilo minus inhibendae petitiones creditorum singulorum », si è cagionato un guasto, che indarno il MOMMSEN ad h. l. ha tentato di emendare, e si è insinuata un'allusione al privilegio del fisco, che qui era manifestamente fuori di luogo. Per la forma « inhibendae petitiones » cfr. D. 15. 1. 52 pr. « ceterorum inhibebitur actio » e PETERS, *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 252 sgg.

Questa nota è riprodotta da *Concorso*, 1, p. 551, n. 2. Ora molti dei luoghi, in cui la dottrina comune vede il pegno generale del fisco, sono spiegati dal WIEACKER, *Festschrift Koschaker*, I, p. 218 sgg. riferendoli al diritto di pignoramento o protopraxia. Torneremo su questa opinione nel cap. XIV, num. 11 *bis*.

(1) Ved. vol. II, p. 8 sgg.

(2) Cfr. LENEL, *Edictum*[3], p. 347 sgg.

(3) « ...de curatore constituendo edicto comprehensum est »: D. 26. 5. 20 pr.

(4) D. 37. 9. 1. 17. Cfr. le mie *Tutele e curatele* (nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 54, p. 277 sgg.).

tra le funzioni del « curator bonorum ventris nomine » (1) era pure quella di estinguere talune specie di debiti (2), non altrimenti che per il curatore del processo esecutivo è attestato dai passi citati di Pomponio e di Paolo. I quali pertanto, invocando l'analogia delle norme seguite « cum venter in possessione sit », si riferiscono ad una *cura bonorum* che era distinta da quella occorrente nella « missio in possessionem » dei creditori, e che, se pure non era espressamente ordinata dall'editto pretorio, si riallacciava alla *cura ventris* disposta in quell'editto (3). Alla stessa conclusione noi giungiamo per l'altro esempio « cum pupillus heres tutorem non habeat »: e qui la nostra indagine si fa più delicata e sottile, perchè vogliamo determinare i presupposti del caso accennato con le medesime parole da Pomponio e da Paolo.

Partiremo dai pochissimi dati che ci porgono i due giureconsulti, avendo come sicuro che, nell'ipotesi di un impubere erede e privo di tutore, si costituiva, per la soddisfazione di certi debiti, un curatore ai beni ereditarii.

Non si può pensare al *curator ex Carboniano edicto*, perchè questo è nominato allorquando non prestano la *satisdatio* nè il pupillo nè il suo avversario (D. 37. 10. 5. 1-2); e a tale ipotesi i giureconsulti non avrebbero accennato con la frase « cum pupillus... tutorem non habeat », la quale, più che enigmatica, sarebbe errata, come quella che esprime un elemento non necessario, la mancanza del tutore.

Non si può immaginare che i testi alludano ad una speciale *cura hereditatis* nell'interesse dell'impubere futuro erede, perchè i testi medesimi di cui ci occupiamo escludono che vi sia eredità giacente. Il pupillo è erede, non semplicemente chiamato all'eredità. Ma, se è erede e pure non

(1) Tolgo quest'espressione a D. 27. 10. 8.

(2) D. 37. 9. 5. 1 « curator... solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena aut pignoribus pretiosis debetur ».

(3) Ved. sopra vol. II, p. 18 sgg.

ha un tutore il quale gli abbia prestato l' *auctoritas* per fare l'adizione, bisogna che sia erede necessario.

Nemmeno è da credere che il curatore sia nominato su istanza dei parenti e congiunti dell'impubere, come si potrebbe pensare che avvenisse in D. 26. 1. 6. 4 per i beni del padre prigioniero di guerra; sia perchè il « curator substantiae » del fr. 6 § 4 non è una figura classica (1), sia soprattutto perchè l'interesse o il dovere dei famigliari di un pupillo privo di tutore è quello di fargliene nominare uno, non di procurargli un *curator bonorum* (2).

Anche i creditori possono, come apprendiamo da D. 26. 6. 2. 3 e C. 5. 31. 4, rivolgersi (3) al magistrato perchè dia all'impubere un tutore che ne assuma legalmente la difesa. Ma si capisce pure che, tentate o no tali pratiche, i creditori provvedano al loro interesse con la *missio in bona*. Per altro nè Paolo nè Pomponio possono essersi riferiti all'immissione in possesso, che i creditori ottengono sui beni dell'impubere indifeso (4); sebbene tale immissione dia facilmente luogo alla nomina di un curatore, essendo vietata la vendita sino al raggiungimento della pubertà. Non possono essersi riferiti

(1) Ved. vol. II, p. 46 sgg.

(2) Per non avere approfondito l'esame del testo, il Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 162, potè scrivere che, se l'erede è ancora pupillo e non ha tutore, si nomina un curatore.

(3) « Si non sunt necessarii, qui tutores petant » o previo invito a costoro di proporre la domanda alla quale sono autorizzati. Anche Leonzio, a cui sono diretti i due rescritti diocleziani di C. 5. 34. 6 e 5. 71. 12 aventi la stessa data (i quali pertanto dovettero in origine costituirne uno solo, sicchè sarebbe confermato il sospetto — *Minore età*, p. 245, n. 1 — che, nel secondo, « minoris » sia interpolato), era probabilmente un creditore. Infatti egli lamentava che la madre non volesse chiedere il tutore, per il che Diocleziano lo consigliava di adire il preside, essendo questo autorizzato a dare i tutori « si eam (matrem) neglexisse perspexerit » (C. 5. 34. 6); e nell'altro rescritto si parla di vendite da farsi « ob aes alienum ».

Da D. 38. 17. 2. 45 (Ulp. 13 ad Sab.) impariamo che proprio a dispetto dei creditori la madre ometteva di chiedere il tutore pel figlio insolvente ed Ulpiano la voleva esonerare dalle conseguenze dell'omissione. Ved. vol. I, p. 55.

(4) Ved. vol. I, p. 59 sgg.

a questo caso, perchè parlano di un « pupillus heres » e quindi implicitamente di creditori ereditarii, mentre l'immissione nei beni del pupillo con l'obbligo di aspettare per la vendita la pubertà è accordata ai creditori che hanno contrattato col pupillo e s'intende, affinchè il contratto sia efficace, con l'*auctoritas* del tutore.

Resta da vedere se i creditori paterni, quando un impubere è erede necessario del padre e non ha un tutore che lo difenda, abbiano diritto di essere immessi nel possesso dei beni ereditarii. Per parecchi motivi non è applicabile l'editto « si diu incertum sit » (1). In primo luogo codesto editto scende da quello « cui heres non extabit », che non si può invocare finchè esiste un erede necessario. È certo che il *suus heres* può astenersi, ma pel momento « heres extat ». Secondariamente, se il caso del « pupillus heres tutorem non habens » rientrasse sotto la norma contenuta nell'editto « si diu incertum sit heres extaturus nec ne sit », mai i giureconsulti, per chiarire le facoltà del curatore dato all'eredità, in cui i creditori sono stati immessi sulla base di quell'editto mentre pende la condizione, avrebbero potuto richiamare l'analogia di un caso, il quale sarebbe derivato dal medesimo editto che essi commentavano o a cui si riferivano (2).

Discutendo le misure da prendersi pel caso dell'istituzione condizionale, potevano i giureconsulti invocare a sostegno della loro opinione l'analogia dei provvedimenti adottati per l'eredità deferita al nascituro o all'impubere senza tutore, purchè fossero determinati da regole per sè stanti. La congiunzione delle tre ipotesi induce a credere che, come pel caso della lunga indecisione sull'esistenza dell'erede la *missio* e per quello del *venter* la nomina del curatore erano autoriz-

(1) Ved. vol. I, p. 92 sgg.

(2) Paolo nel l. 57 *ad edictum* commentava precisamente l'editto in questione; ed anche Pomponio, benchè il passo sia estratto dal commento *ad Sabinum* e tratti di proposito della istituzione condizionale, è certo che si riferisce allo stesso editto. Cfr. Lenel, *Edictum*[3], p. 418, n. 4.

zate da apposite clausole dell'editto, altrettanto sia avvenuto nel caso che il pupillo erede del padre non abbia un tutore, il quale deliberi circa la convenienza di usare del *beneficium abstinendi* e lo difenda, occorrendo, contro le azioni dei creditori ereditarii.

Questa induzione diviene certa, considerando che una disposizione edittale per ordinare la *missio in bona* dei creditori ereditarii era nel nostro caso assolutamente necessaria. A tal uopo non bastava la clausola contro il pupillo indifeso (1), perchè la posizione dell'impubere *suus heres* verso i creditori paterni non è la stessa che verso i proprii creditori. Contro costoro egli deve essere difeso in ogni modo; contro i primi cessa l'obbligo della difesa, astenendosi dall'eredità. I creditori si sarebbero trovati a mal partito, ove una norma edittale non li avesse protetti. Se essi domandavano l'immissione in base all'editto « si diu... », sarebbero stati respinti, perchè « heres extat » ed è proprio un erede necessario. Se volevano trattare l'erede come un debitore indifeso, potevano essere rigettati, perchè nemmeno l'ingerenza nei beni ereditarii privava l'impubere del *beneficium abstinendi* e non era quindi assodata la qualità di debitore responsabile. Aggiungi che, anche se fossero stati immessi nel possesso, avrebbero dovuto aspettare la pubertà del loro debitore.

Per ammettere una disposizione edittale relativa alla *missio in bona* dei creditori ereditarii « cum pupillus heres tutorem non habeat », questi argomenti basterebbero. Ma altri ancora li rincalzano.

6. — Dell'eredità passiva devoluta ad un pupillo *suus heres* ragiona D. 42. 5. 6 pr. (Paul. 58 ad ed.).

(1) Cfr. D. 42. 4. 3. 3, su cui ved vol. I, p. 51, n. 3.

> Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur.

Paolo suppone che la vendita dei beni ereditarii possa dare un avanzo. È disputabile se l'avanzo consista nel prezzo ritratto oltre la somma occorrente per soddisfare i creditori, ovvero nei beni invenduti perchè a pagare i debiti bastò la vendita di alcuni; ma è fuori questione che per il fr. 6 pr. la rimanenza deve restituirsi al pupillo. Finchè i romanisti credettero nella possibilità che il *bonorum emptor* si obbligasse a dare una somma oltre a soddisfare integralmente i creditori e che la somma eccedente dovesse restituirsi al debitore, i più videro in D. 42. 5. 6 pr. una manifestazione e una prova di quella possibilità. Ma, dimostrato (1) che la *bonorum venditio* non si concludeva per un prezzo superiore all'entità del passivo, è necessario ritenere che la norma dettata dal fr. 6 pr. era speciale per il pupillo.

D'altronde, se ogni debitore espropriato avesse avuto il diritto di ripetere ciò che avanza dalla vendita, il giureconsulto non avrebbe inteso il bisogno di notarlo particolarmente per l'impubere (2). S'ha anche da dire che la *bon. venditio* non è il procedimento più atto a fare che si ottenga un avanzo (3). Specie nel caso nostro, in cui l'eredità non può essere tanto sicuramente ed evidentemente lucrosa da invogliare chicchessia ad offrire, oltre il pagamento integrale dei debiti, un supplemento per il pupillo; se vi fosse questo margine, nessuno penserebbe che « non expedierit pupillo hereditа-

(1) Ved. vol. II, p. 115 sgg.

(2) Questa considerazione spiega che il Heimbach, in Weiske, *Rechtslexicon*, II, p. 278, n. 15 siasi indotto a pensare che la vendita dell'eredità paterna non utile per il pupillo, e dei beni di un furioso o di un prodigo, costituiscano eccezioni al principio che nella *bon. venditio* il debitore non ha diritto alla restituzione del soprappiù.

(3) Cfr. Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss der bon. venditio zum ordo iudiciorum*, p. II.

tem parentis retinere ». È solamente alienando i singoli oggetti, nelle migliori condizioni possibili, che se ne può forse sperare un provento tale da dare un residuo (1).

7. — Per l'eredità paterna da cui il pupillo si astenga veniva dunque ordinata la *distractio*. Molte ragioni convincono che quest'ordine era preveduto nell'editto.

In D. 42. 4. 7. 11, che studieremo più avanti (2), Ulpiano afferma che i beni del furioso « vendenda erunt... ita... ut quod supersit, furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret » (3) e se ne deduce che la misura in favore del furioso e degli altri incapaci fu ammessa per analogia di quella adottata riguardo al pupillo. Ma l'argomentazione di Ulpiano (o del glossatore) è buona, purchè si attribuisca all'editto l'esclusione della vendita in blocco per il pupillo. Quando un principio è stato sancito dalla legge o da una fonte quasi legislativa come l'editto pretorio, il giurista dimostra vittoriosamente la sua tesi, stabilendo l'analogia fra il caso da lui esaminato e il caso della fonte invocata. Ma il ragionamento sarebbe troppo sommario, se all'eredità ripudiata dal pupillo la *distractio* si fosse applicata per opera della giurisprudenza; forse allora, più che di rilevare l'analogia di condizione fra il pupillo e il furioso, lo scrittore avrebbe curato di esplicare i motivi per

(1) Artificiosa è l'interpretazione che di D. 42. 5. 6 pr. porge il DERNBURG, *Emtio*, p. 78. Egli suppone che il frammento non si riferisse necessariamente ad un « ius abstinendi » del pupillo; ma alluda ad una vendita complessiva che il tutore compie dietro autorizzazione del pretore, perchè la giudica più vantaggiosa che non la vendita al dettaglio, come se per es. il padre avesse avuto una vasta azienda, per continuare la quale il pupillo non ha la capacità, e il tutore non ha il tempo e le cognizioni necessarie.

(2) Ved. il num. 13.

(3) Il BESELER, *Studia et docum. hist. et iur.*, I, p. 276 nega ad Ulpiano la paternità di « quia .. abhorret ». Ma adduce un motivo falso; egli opina che per il *pupillus* non si procedesse come per il *furiosus*. La parola sospetta *abhorret* può alimentare il dubbio che la frase costituisca un glossema ed io pure in *Concorso*, I, p. 558, n. 1 scrissi che « la forma non sembra classica »; ma il glossema esprimerebbe idee classiche

cui in questi casi sarebbe stato preferito il sistema della vendita al dettaglio. Invece, date come analoghe le condizioni del pupillo e del furioso, il richiamo a un testo, che dispone per il pupillo, tronca ogni questione.

Il confronto del linguaggio di Ulpiano con quello di Paolo è istruttivo. Ulpiano adoperava il futuro « vendenda erunt », se pure sentiva il bisogno di motivare e giustificare la massima enunciata; Paolo usa il presente « venire permittit », con che l'affermazione è più recisa e sembra alludere non ad una prassi del pretore, che vigeva ed era costante anche nella liquidazione dei beni del furioso, ma ad una clausola edittale.

Se la *distractio* riposasse semplicemente sulla prassi del magistrato, Paolo non avrebbe detto « permittit », ma « permittere solet » o « debet » o altra frase consimile.

Poichè, astenutosi il pupillo, i beni ereditarii non furono abbandonati all'usata *missio* dei creditori, ma, come prova D. 42. 5. 6 pr., si volle assicurare all'impubere l'eventuale residuo, è difficile a concepirsi che un tale provvedimento non sia stato regolato dall'editto. Questo a più riprese trattava del pupillo in rapporto al processo esecutivo. Aveva la clausola « quod cum pupillo contractum erit ... » (1) e l'altra che eccettuava dalla vendita i beni del pupillo assente e indifeso (2). Per le obbligazioni da lui contratte il pupillo non subiva la vendita prima della pubertà. Di qui il pensiero corre alle obbligazioni ereditarie. E dell'eredità paterna devoluta al pupillo l'editto si occupava espressamente, là dove gli concedeva la facoltà di astenersi e dettava norme per garantire i creditori contro gli atti di disposizione compiuti dall'erede impubere durante il tempo chiesto *ad deliberandum* (3).

(1) Ved. vol. I, p. 50 sgg.

(2) Ved. vol. I, p. 74 sgg.

(3) Ved. vol. I, p. 94 sgg.

D. 28. 8. 7 pr. (Ulp. 60 ad ed.). — Ait praetor: «Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum (1) hereditatem retinere [,et hoc datum est: si iusta causa esse videbitur], bona interea deminui nisi [si] causa cognita boni viri arbitratu vetabo » (2).

Questa clausola appartiene all'editto « si pupillus heres erit », che Paolo commentava nel l. 58, da cui è estratto D. 42. 5. 6 pr. Chi vedesse nel fr. 6 pr. una semplice osservazione provocata dalle parole « an expediat hereditatem retinere » della clausola riferita in D. 28. 8. 7 pr., non valuterebbe adeguatamente le proporzioni del commento. Può sembrare naturale che, leggendo « an expediat hereditatem retinere », Paolo pensasse alla sorte dei beni nel caso di mancata ritenzione e dichiari come si debbano vendere. Ma non è più tanto naturale, date le abitudini dei giureconsulti romani, che questo cenno fornisca il motivo per una lunga dissertazione sulle conseguenze della vendita. Invece Paolo nel § 1 avverte che rimangono in piedi gli atti compiuti dal pupillo prima dell'astensione, « utique si bona fide gessit »; e nel § 2 discute ampiamente sia la questione della revocabilità del pagamento fatto ad alcuni creditori preferiti con mezzi dell'eredità sia il diritto del pupillo a dedurre dall'asse ereditario l'ammontare del pagamento eseguito con altri mezzi o a ripeterlo come indebito dal creditore (3). Queste reliquie lasciano intravedere una larga ricerca, la quale ha potuto essere ispirata al giureconsulto da una clausola dell'editto sul modo di vendere l'eredità non ritenuta dal pupillo, ma dif-

(1) Ved. vol. I, p. 94, n. 3.

(2) Sulle frasi espunte cfr. LENEL, *Edictum*[3], p 419, n. 8; GRADENWITZ, *Zeitschr. Sav. St.*, 8, p. 257 sgg. Il KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 229 ricostruisce « ...retinere *dabo. Si datum erit,* bona interea .. »; ma già il Gradenwitz aveva opportunamente notato che per impedire la diminuzione basta il *petere tempus* (D. 28. 8. 7. 1). Non mi persuade nemmeno la ricostruzione edl PERNICE, *Zeitschr. Sav. St.*, 14, p. 144, n. 2.

(3) Ved. più innanzi il num. 11.

ficilmente avrebbe tratto lo spunto dalla mera clausola sul *tempus ad deliberandum.*

Infine nell'eredità necessaria dell'impubere si riscontrano due note particolari: che l'immissione non spetti ai creditori in forza delle cause ordinarie ed anche la vendita si compia in un modo che non è il solito. Appare sicura la conclusione che la *distractio* dell'eredità paterna devoluta al pupillo sia stata permessa da una clausola edittale.

8. — I due testi di Paolo e di Pomponio analizzati nei num. 1-5 consentono di precisare il nesso della clausola relativa alla *distractio* con la clausola del *tempus ad deliberandum* riportata in D. 28. 8. 7 pr. e di ricostruirne il contenuto con molta approssimazione.

Si pupillus pupilla tutorem non habebit, parentis bona possideri proscribi et, si pupillo pupillae hereditatem retinere non expediet, ut quod superaverit pupillo pupillae restituatur, veniri iubebo (1).

Il *suus heres* poteva desiderare un termine, non già per decidersi ad accettare l'eredità, ma per deliberare sulla convenienza di astenersene; ed il pretore promette di accordarlo con le opportune cautele, se verrà chiesto in nome del pupillo: « si pupilli... nomine postulabitum tempus ad deliberandum, an expediat... hereditatem retinere, bona interea deminui nisi causa cognita... vetabo ». Tale richiesta sarà fatta dal tutore; mancando un tutore, priveremo il pupillo del diritto al termine? Ciò avverrebbe, se noi considerassimo il pu-

(1) Che il sistema di vendita fosse quello della *distractio*, risulta dal fine proposto « ut quod superaverit pupillo restituatur »; ma l'editto certamente adoperava anche qui la locuzione *veniri*. Infatti D. 42. 5. 6 pr. ha « *bona* defuncti *venire* permittit »; D. 36. 1. 81 (su cui ved. il num. 10) discorre di *bona vendenda* e di *bona venire*; D. 42. 5. 28 (Iavolen. 1 epistul.) « impuberi filio... substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque *bona* patris *venierunt* ».

pillo come indifeso e ammettessimo i creditori ereditarii nel possesso dei suoi beni. Il provvedimento sarebbe iniquo nei riguardi del pupillo e non sarebbe giusto nemmeno pei creditori, i quali, avendo contrattato col padre, si lamenterebbero di esser costretti a differire la vendita sino alla fine dell'impubertà (1). Ma sarebbe accaduto molto peggio, se il pretore non avesse concesso una *missio* speciale sull'eredità paterna devoluta ad un impubere privo di tutore: le rimanenti clausole dell'editto avrebbero lasciati in asso i creditori (2).

La protezione pretoria fu loro estesa, permettendo il possesso ed anche la vendita dell'eredità che al pupillo non convenisse di ritenere. Il giudizio sulla convenienza sarà dato dal pretore, dietro le indagini e le proposte che presenterà il curatore. Il quale, ove l'eredità apparisca gravosa, sarà autorizzato a compierne la liquidazione in modo da restituire l'eventuale avanzo al pupillo; o, in altre parole, eseguirà la *distractio bonorum* (3).

9. — Le obiezioni, che contro questi risultati ha mosso il RAMADIER (4), non hanno valore. Egli osserva che i testi di Ulpiano (D. 42. 4. 7. 11) e di Paolo (D. 42. 5. 6 pr.) attribuiscono alla *distractio bonorum* un'origine pretoria, ma non edittale. Ora, che il fr. 6 pr. col suo « praetor permittit » sia

(1) Cfr. D. 42. 4. 3. 3 (Ulp. 59 ad ed.), su cui vol. I, p. 51, n. 3; C. 4. 16. 4 (Diocletian.).

(2) Non saprei su quale base il DERNBURG, *Emtio*, p. 72, voglia accordare ai creditori ereditarii una specie di separazione, che egli stesso riconosce essere diversa dall'ordinaria separazione dell'eredità.

(3) A mia conoscenza, l'autore, che più profondamente ha letto nei testi intorno al caso di *missio* qui illustrato, è l'UBBELOHDE, *Archiv f. civ. Pr.*, 61, p. 25, n. 40. Egli scrive che le ll. 23 § 3. 28. 5 e 1 § 2. 42. 7 trattano di un'eredità già acquistata da un *suus* pupillo « ipso iure ». Ma, a causa del *beneficium abstinendi*, l'acquisto è, di fatto, ancora incerto. Se l'impubere avesse un tutore, questi potrebbe fino alla dichiarazione d'astensione rappresentarlo anche di fronte ai creditori ereditarii In mancanza di un tutore, possono i creditori chiedere una « missio rei servandae causa in hereditatem », di cui la nomina del curatore è una semplice conseguenza. Peraltro l'UBBELOHDE non ha avvertito la necessità che questa *missio* fosse autorizzata dall'editto.

(4) *Missio*, p. 148, n. 1.

favorevole alla seconda ipotesi, a me pare innegabile. Il contrario è da dire per il fr. 7 § 11 (1); ma esso tratta del furioso, a cui estende la disposizione in vigore per il pupillo; sicchè indirettamente, come sopra (num. 7) ho cercato di provare, corrobora il mio avviso.

Pel quale è indifferente che si risolva in un senso o nell'altro la questione posta dal KARLOWA (2) se « iuris forma » in D. 4. 4. 22 (Ulp. 11 ad ed.) si riferisca ad una clausola edittale. Il Karlowa nota che « iuris forma » non è identico con « iurisdictionis forma » (3) ed il RAMADIER crede che alluda ad una regola determinata dalla giurisprudenza. Posso essere d'accordo con questi autori, perchè il restituito in intiero è un minore (4). L'editto si occupava dell'eredità paterna devoluta all'impubere privo di tutore; l'applicazione della norma ai casi analoghi (eredità paterna da cui il tutore fa astenere il pupillo; eredità di un estraneo a cui il pupillo, « tutore auctore », rinuncia; patrimonio del furioso e degli altri incapaci; magari anche l'eredità da cui si astiene o a cui rinuncia il minore) è opera della giurisprudenza. Nondimeno il modo, con cui si procede in queste altre applicazioni della stessa regola, è una riprova della sua origine edittale. Se tutti i casi derivassero da un'unica fonte, Pomponio e Paolo non avrebbero avuto ragione di esaltarne uno — « cum pupillus heres tutorem non habeat » — a preferenza degli altri e, anzichè richiamarsi al pupillo privo di tutore, si sarebbero serviti di un'espressione più generale, in guisa da ricomprendere tutti quei casi nei quali la prassi pretoria assegna al curatore l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio di un debitore incapace.

(1) « Plane interdum bona eius causa cognita vendenda erunt.., ita.., ut quod supersit, furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret: quod quidem non est sine ratione ».

(2) *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1198, n. 3.

(3) Cfr. anche NABER, op. cit., 27, p. 271, n. 1.

(4) Ma più innanzi al num. 14 vedremo che il brano con « iuris forma » è sospetto.

10. — Dopo avere tentato di ricostruire l'editto, che sanciva la *distractio* per l'eredità devoluta al *suus heres* impubere e privo di tutore (1), è utile vedere i testi, che nella compilazione giustinianea ci hanno serbato il ricordo della *distractio* di eredità comunque toccate al pupillo.

Anche nel caso che il tutore vi fosse e facesse astenere l'impubere dall'eredità, questa era venduta col sistema della *distractio*. Tanto risulta da D. 36. 1. 81 (Scaev. l. sing. quaest. publ. tractat.).

> Si pupillus parenti suo heres extitit et fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate: optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat. Aut omnimodo bona vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur, et, si in solidum bona venire non possunt, omnimodo actiones fideicommissario denegandae erunt: erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit, pupillo servare.

Quantunque mal compreso dai rari interpreti che se ne sono occupati (2) e dal LENEL (3) attribuito nell'ultima parte « aut omnimodo rell. » ai compilatori, il passo non offre difficoltà insuperabili. La questione trattata da Scevola è la seguente: un pupillo è istituito erede dal padre e gravato del fedecommesso di una quota; restituisce questa al fedecommissario, indi si astiene; che cosa avverrà della porzione reietta dal pupillo? La risposta è semplicissima: « optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat ». E il principio che ne risulta non può essere menomamente contestato, perchè la stessa

(1) I compilatori dovettero sopprimere il ricordo di quest'editto, mal tollerando che risultassero ordinate per un solo caso quella *distractio* e quella restituzione della rimanenza che nel diritto giustinianeo sono divenute generali.

(2) Cfr. DE RETES, *Opuscul.* III ad h. l. (in MEERMANN, *Thesaurus*, VI. 182 sgg.) e la *Glossa*, ad h. l.

(3) *Palingenesia*, II, 284, n. 2. Altre citazioni ved. nell'*Index interpolat.*

scelta, di assumere anche la quota del pupillo o di ripudiare tutta l'eredità, è data in casi perfettamente analoghi al coerede del pupillo (1).

Pongasi ora che il fedecommissario preferisca la seconda alternativa: l'asse ereditario avrà la sorte che tocca ai beni quando « heres non extabit » (2). I creditori saranno immessi nel possesso ed autorizzati a venderli. « Bona vendenda sunt », dichiara appunto Scevola, in guisa per altro che « id quod superfluum est pupillo servetur ». Questa è la regola che già conosciamo dal frammento di Paolo (D. 42.5. 6 pr.); il suo maestro Scevola la conferma. È vero che l'eredità da vendersi consta anche della quota fedecommissaria; ma, poichè una porzione apparteneva al pupillo, si osserveranno — e necessariamente per tutto l'asse ereditario — le norme prescritte per la vendita delle eredità devolute all'impubere.

Poi segue l'ipotesi che « in solidum bona venire non possunt ». Quale ostacolo, di fatto o di diritto, potrà impedirlo? La Glossa (3) immagina che non si rinvenga un compratore disposto ad acquistare l'intero patrimonio; ma questa impossibilità è fuori del verosimile. Se altri vuol dire che non sempre è facile e possibile compiere la *bonorum venditio* a condizioni vantaggiose, lo ammettiamo; ma che, sia pure per un

(1) Cfr. D. 29. 2. 55 (Marcian. 2 regul.), dove « et ita rell. » non è genuino (ved. più oltre al cap. XVI); 29. 2. 56 (Paul. 57 ad ed.); 29 2. 98 (Scaev. 26 dig.); 29. 2. 99 (Pompon. 1 sen. consult.); 42. 1. 44 (Scaev. 5 resp.), donde bisognerà espungere « ad substitutum vel » (e non « vel ad coheredes », come dubitavo in *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 25, p. 97 sgg.; per l'opinione più giusta ved. *Dir. ereditario rom.*, II, p. 242).

Cfr. anche D. 29. 1. 17. 1 (Gai. 15 ad ed. prov.), su cui BESELER, *Studi Riccobono*, I, p. 298; 37. 10. 7. 5 (Iulian. 24 dig.), che non è immacolato (ved. *Index interpolat.*) ma relativamente ai creditori esprime con « totam — scil. hereditatem — defendere aut universa creditoribus cedere » un pensiero classico. D. 29. 2. 61 (Macer 1 de off. praes.) si può mettere d'accordo coi passi testè citati: cfr. *Dir. ereditario rom.*, II, p. 246, n. 3. Se la conciliazione non persuadesse, il frammento di Macro dovrebbe reputarsi alterato.

(2) Per verità nel caso in questione un erede secondo il diritto civile esiste, ed è il pupillo astenutosi; ma per i creditori, dai quali non può essere convenuto, è come se non ci fosse.

(3) Cfr. il *casus* ad h. l.

prezzo bassissimo, non si trovi un *bonorum emptor*, è incredibile, quando, secondo lo stesso glossatore, vi è qualcuno che è pronto ad acquistare una porzione dei beni. Costui, che evidentemente assegna un valore ad una parte del patrimonio, potrebbe, almeno per la stessa somma e alle stesse condizioni, divenire acquirente dell'intero asse. Inoltre un valore, per quanto minimo, devono averlo anche gli oggetti invenduti, se il fedecommissario affaccia su di essi le sue pretese — « actiones fideicommissario denegandae erunt »; ma in tal caso chi vorrà sostenere che non avrebbero trovato un compratore a nessun patto? Infine, quando bisogna rinunciare alla *bon. venditio* per mancanza di aspiranti e rassegnarsi a vendere una parte soltanto del patrimonio, la conseguenza più probabile è che i creditori non siano soddisfatti per intero; e allora che diritto potrebbe mai vantare il fedecommissario sui beni invenduti, dato e non concesso che qualche ragione abbia sui beni sopravanzati all' estinzione del passivo?

D. 36. 1. 81 assume un significato accettabile, se teniamo presenti i risultati dello studio fin qui svolto. Come l'esecuzione patrimoniale si effettui per mezzo della *bonorum distractio*, e dai beni già alienati si sia ricavato tanto che basti a dimettere tutte le passività, non si può e non si deve procedere avanti: « in solidum bona venire non possunt » (1). Il fine è raggiunto; i creditori sono stati soddisfatti e ciò che resta del patrimonio appartiene al debitore. Ma, poichè nel caso di Scevola vi sono due successori del debitore, il pupillo ed il fedecommissario, nasce la questione se uno di essi, e chi, abbia diritto al residuo.

La ragionevolezza della questione proposta non si può mettere in dubbio e giusta ne è anche la soluzione. Perchè dunque varii critici asseriscono che il passo da « aut omnimodo » alla fine non è di Scevola? Nessuno ha attaccato la so-

(1) Cfr. per il diritto giustinianeo C. 1. 12. 6. 4; Nov. 53 4.

stanza del frammento. Invero le prime parole del periodo sospettato « bona vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur » enunciano la stessa regola di D. 42. 5. 6 pr. « bona venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur »; e da tale regola sorge la questione trattata. Di fatti, che rimanga invenduta una parte dei beni o che vi sia un residuo del prezzo, poichè l'una o l'altro si vuol serbare per il pupillo, è naturale che si mettano le domande: Forse che al fedecommissario non spetterà alcun diritto? L'eredità che ha dato un avanzo non consta anche della sua quota? Perchè la rimanenza si dovrebbe restituire al pupillo, quando non è l'unico erede?

La risposta è contraria al fedecommissario — « actiones fideicommissario denegandae erunt » — ed è logica, non potendosi estendere ad altre persone ciò che è un beneficio del pupillo. Se al fedecommissario che ha ripudiato un'eredità da lui stimata dannosa competesse il diritto di ripetere ciò che avanza dopo soddisfatti i creditori, egli godrebbe l'ingiusto privilegio di potersi sottrarre ai rischi dell'accettazione, sicuro di non perdere gli utili eventuali. Nè l'autore di D. 36. 1. 81 si lascia vincere dall'obiezione, che l'avanzo deriva non solamente dalla quota del pupillo, ma anche dalla porzione del fedecommissario. Costui, si replica, ha fatto male a rinunciare; era in poter suo accettare l'intero asse ereditario e guadagnare la differenza tra l'attivo e il passivo.

Le censure dei critici colpiscono solamente la forma (1). I due *omnimodo* non si possono difendere (2). E col primo è

(1) Il Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora*, p. 107, n. 1 scrive: « a convincere che il brano non è classico bastano i due *omnimodo*, che vi si seguono a breve distanza, il plurale *actiones*, la forma del futuro (*denegandae erunt*) spesso sospetta ».

(2) Ciò dico per la forma. Quanto alla sostanza, già in *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 16, p. 108, n. 1 paragonavo il primo « omnimodo » col « nominatim » e col « causa cognita » di D 42. 4. 7. 10-11 (ved. più avanti il num. 13), osservando che, se è bene andar cauti prima di immettere i creditori nel patrimonio di un furioso e di autorizzarne la vendita, perchè l'incapace è vittima del malvolere del suo curatore o di un caso sfortunato che lo priva della

da condannare anche *aut*, perchè « *aut* omnimodo bona vendenda sunt ut rell. » sembra che aggiunga una terza alternativa accanto alle due sopra nominate « aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat ». Invece la questione sul metodo da tenere nella vendita dell'eredità nasceva esclusivamente per la seconda alternativa, e cioè se il fedecommissario « toto discedat ». E si comprende pure che potesse agitarsi una questione, poichè l'editto suppone un pupillo senza tutore, mentre nella specie l'impubere che ha restituito la « pars fideicommissa hereditatis » e poi si è astenuto, necessariamente deve aver compiuto questi atti con l'*auctoritas* del tutore. È probabile che i compilatori abbiano ristretto il più ampio svolgimento dato alla *quaestio* da Scevola, forse con citazioni di autori ed opinioni divergenti; e di questa rabberciatura dei commissarii siano frutto ed indice insieme l' « aut », i due « omnimodo » (1) ed altre mende del testo.

Tra le quali io avevo contato (2) anche « *pupillo* servare » invece di « *sibi* ». Non è possibile, dicevo, che Scevola rispondesse al fedecommissario, il quale si doleva gli fossero negate le azioni sui beni residui: tu potevi conservarle per il pupillo, sol che avessi assunto l'intera eredità. Chi vorrebbe correre il rischio di addossarsi un'eredità oberata e, se mai per fortuna avanzasse qualche cosa, restituirla ad un altro? Non è con siffatto argomento che si giustifica la decisione, la quale nega ogni azione sul residuo al fedecommissario dopo

difesa, la medesima circospezione non è necessaria quando il pupillo si è astenuto, perchè in ogni modo è d'uopo procedere alla liquidazione dell'asse ereditario. Ma forse ho esagerato. Il pretore poteva riservarsi d'indagare se l'astensione fosse stata deliberata dal tutore con avvedutezza.

(1) L'insistenza dei compilatori nel loro *omnimodo* può far pensare che il giureconsulto ponesse in rilievo la « causae cognitio » del pretore. O è questo il linguaggio, che il legislatore adopera per troncare e risolvere definitivamente le controversie classiche?

(2) *Bullettino* citato, p. 102 sgg., dove congetturavo che *pupillo* abbia soppiantato *sibi* « per una svista di qualche amanuense ». Ma di altra opinione ero già in *Concorso*, 1, p. 559 sgg. L'*Index interpolat.*, citando i due luoghi come se in entrambi io voglia patrocinare la sostituzione di *sibi* a *pupillo*, non dà atto della mia resipiscenza.

ripudiata l'eredità. Può esser equo che il pupillo, benchè abbia usato del *beneficium abstinendi*, ottenga ciò che resta dell'eredità paterna messa in liquidazione per pagare i debiti; ma, quando un terzo ha raccolto la successione, non è logico che l'impubere tragga profitto dalle ulteriori vicende di un patrimonio, che appartiene ad un altro soggetto ed a costui esclusivamente deve giovare o nuocere.

Così ragionando, io non badavo che la *restitutio in integrum*, a cui l'impubere è ammesso « ob minorem aetatem », supera ogni ostacolo. Se il fedecommissario accetta l'eredità e, pagati i creditori, ottiene un avanzo, dovrà in parte renderlo al pupillo, il quale, scoperta la lesione, si affretterà a chiedere la restituzione in intiero contro l'astensione. Quindi il fedecommissario è stretto fra le corna del dilemma: o mettersi a rischio di pagare del proprio i creditori, nella speranza di salvare per sè una porzione dell'eventuale avanzo corrispondente alla sua quota di eredità; o rinunciare a tutta l'eredità con l'effetto che, se dopo soddisfatti i creditori ci fosse un residuo, questo spetti interamente al pupillo. Anche il « pupillo servare » potrebbe dunque essere genuino, per l'interposizione della *restitutio in integrum* (1).

Tuttavia la frase « erat in potestate illius... si quid plus erit, pupillo servare », se non contiene un assurdo logico e giuridico, come io da prima ho creduto, nemmeno è troppo felice. Il giureconsulto dovea rilevare che, accettando l'intera eredità, il fedecommissario può guadagnare qualche cosa; ed invece il testo nota che egli serba il di più per il pupillo. È da credere che l'originale, pur avvertendo che una parte dell'eccedenza spetterebbe al pupillo restituito in integro (e in tanto il « pupillo servare » sarebbe genuino), non mancasse di enunciare che il fedecommissario trae un profitto dal-

(1) Cfr. D. 19. 2. 15. 9 (Ulp. 32 ad ed.); 26. 7. 46. 1 (Paul. 9 resp.); 23. 8. 8 (Ulp. 61 ad ed.).

l'accettazione dell'eredità e che quindi deve imputare a sè stesso di esserselo lasciato sfuggire col suo rifiuto (1).

11. — Sapendo, ora, che la liquidazione dell'eredità, da cui il pupillo si astiene, avveniva col mezzo della *distractio*, potremo spiegare una frase di D. 42. 5. 6. 2, che altrimenti bisognerebbe credere interpolata.

Paolo studia la ripetibilità dei pagamenti compiuti dal pupillo (s'intende con l'*auctoritas* del tutore) o dal tutore per conto del pupillo prima che questi si astenga; e riferisce il parere di Giuliano, che consentiva la ripetizione se vi fosse stata *gratificatio* (2).

> ...Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Julianus ait...

Il testo urta contro due intoppi. Non pare possa dirsi che il creditore insoddisfatto dal tutore debba avere la stessa *portio* di quello che fu pagato « per gratificationem », giacchè costui, in ipotesi, ricevette il pagamento dell'intero debito e non soltanto di una quota. Più grave è la seconda difficoltà: io che richiesi invano il pagamento al tutore, dovrei essere soddisfatto dal *bonorum emptor*, il quale o s'impegna di pagare tutti i chirografarii per intero e il *prius* se ne va all'aria, o promette una percentuale ed io sono leso in confronto del creditore che è stato gratificato.

(1) Io stimo più probabile l'ipotesi che Triboniano abbia sunteggiato la *quaestio* di Scevola; ma è possibile che il brano « aut omnimodo rell. » sia una glossa, come vogliono il Krüger ad h. l. e, più fermamente, il Ramadier, *Missio*, p. 145, n. 2. Questi scrive che l'annotatore conosceva e utilizzava il testo di Paolo (D 42. 5. 6 pr.); meglio diremo che conosceva la dottrina formatasi circa l'editto « si pupillus heres tutorem non habebit » e che l'insegnamento di D. 36. 1. 81 è sostanzialmente classico.

(2) Su questa dottrina e sul suo rapporto coi mezzi revocatorii degli atti fraudolenti cfr. Solazzi, *La revoca*, 1934, p. 264 sgg.

Ecco gli impedimenti che affaticano l'esegesi del fr. 6 § 2, sul quale, ch'io sappia, ha portato l'attenzione solamente Ph. E. Huschke (1). Questi opina che *prius* non abbia senso e sia corrotto in luogo di *alterius*. Ma non mi sembra che la sostituzione agevoli il cammino. Oscuro non è il significato di *prius*, ma il termine a cui questo avverbio si riferisce. Vuol dire prima « degli altri creditori »? In qualunque sistema collettivo di esecuzione, sia la *venditio* o la *distractio*, è impossibile che un creditore non privilegiato ottenga di essere soddisfatto prima degli altri creditori concorrenti insieme con lui sui beni del debitore.

Tuttavia nella *bonorum distractio* il « prius... quaeri » si illumina. Non occorre riportarsi per ciò al diritto giustinianeo; la vendita al dettaglio dell'eredità devoluta all'impubere è ordinata dal diritto classico. Prima che sia esaurita la liquidazione del patrimonio ereditario, si vedrà se il prezzo ricavato basta a soddisfare il creditore istante, che il tutore non volle pagare. Giuliano non pretende che si debba soddisfarlo a qualunque costo, anche col danno degli altri creditori. L'equità esige « eandem portionem mihi quaeri », se è possibile; altrimenti il creditore gratificato dovrà restituire alla massa ciò che ha ricevuto, « communicandum quod accepisti ». Questo conferimento è obbligatorio (« *communicandum* »); l' « eandem portionem quaeri » dipenderà dalle circostanze. Si avrà la seconda soluzione, se dalla *distractio* si è ricavato tanto da pagare tutti i creditori (e quindi anche il non gratificato dal tutore); altrimenti sarà necessaria la revoca del pagamento avvenuto « per gratificationem ».

Appena è d'uopo soggiungere che il giureconsulto poteva seriamente prevedere l'ipotesi « eandem portionem mihi quaeri », perchè la vendita si esegue in modo che « quod su-

(1) *Linde's Zeitschrift*, 14, p. 34, n. 1.

peraverit pupillo restituatur » e dunque si conta di pagare tutti i creditori, anzi si ritiene possibile e si spera un residuo.

Quanto alla parola « portionem », che fa pensare ad una quota del credito, il dubbio non è invincibile. « Eandem portionem » può significare una porzione del patrimonio o, meglio, del prezzo ritrattone,uguale a quella impiegata nel soddisfacimento del creditore gratificato.

Con la *distractio* si spiega anche l'affermazione dello stesso fr. 6. 2 che, se il pupillo abbia con mezzi proprii soddisfatto un creditore ereditario:

> Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti.

Se, dopo l'astensione, l'eredità si liquidasse con la *bonorum venditio*, il pupillo dovrebbe rivolgersi contro il *bon. emptor* e non potrebbe ripetere il *solidum* da chi ha promesso una percentuale. Ma, eseguendosi la *distractio* e accertantandosi che l'eredità è solvibile — « si aliquid sit in bonis » — il curatore deduce dall'attivo l'ammontare di ciò che il pupillo ha speso a vantaggio della massa.

Dell'eredità paterna, da cui il pupillo si astiene, discorre anche D. 42. 8. 24 (Scaev. l. sing. quaest. publ. tractat.).

> Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, [ ] id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest... (1).

La revoca avrebbe luogo prima che sia compiuta la *bon. venditio*, poichè si dice che i creditori « portionem *fuerint laturi* »: altrimenti, eseguita la vendita, la *portio* sarebbe già accertata e giuridicamente, se anche non materialmente, si sarebbe ben detto « ad eandem portionem quam ceteri creditores *tulerint* ». Ma, prima dell'*addictio* al *bon. emptor*, nessuno sa la *portio* che si riuscirà ad ottenere e quindi non è possibile commisurare la revoca su questo dato ipotetico. Invece nella *distractio*, prima che sia stata distribuita la percentuale ed anche prima che sia completa la liquidazione, il curatore, che ha verificato i crediti e stimato l'attivo, potrebbe agire, affinchè il creditore gratificato « revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi ».

12. — Un bel testo sulla *distractio* dell'eredità paterna rifiutata dal pupillo è D. 27. 3. 18 (Papinian. 25 quaest.).

> Cum tutor negotiis impuberis administratis pupillum paterna hereditate abstinet, bonis patris venditis tractari solet, utilis actio pupillo relinqui an creditoribus concedi debeat. Et probatur actionem inter pupillum et creditores patris esse dividendam, scilicet ut quod rationi bonorum per tutorem deerit creditoribus reddatur, quod autem dolo vel culpa (2) tutoris in officio pupilli per-

(1) Ho omesso le frasi che esprimono concetti sicuramente non classici: cfr. *La revoca* cit., p. 265 sgg. Io escludo che tutte le distinzioni poste dal fr. 24 siano tribonianee, come vogliono il Faber ed altri critici: ved. *Index interpolat.* Lo squarcio « an distinguimus .. » è probabilmente il commento di un postclassico, che i commissarii giustinianei hanno preferito al testo di Scevola; ma la distinzione « per gratificationem acceperit an non » è classica e dovuta a Salvio Giuliano, come prova D. 42. 5. 6. 2.

(2) Anche qui si affaccia la questione se « vel culpa » sia interpolato, giusta la tesi che nell'*a. tutelae* la responsabilità originariamente si arrestasse al dolo. D. 19. 2. 17 (Ulp. 32 ad ed.) dà l'azione contro il tutore « si abstinere non debuit »; D. 23. 2. 67. 6 (Tryphon. 9 disput.) ammette la condanna del

peram abstenti contractum est, puero relinquatur. Quae actio sine dubio non prius competet, quam pupillus ad pubertatem pervenerit: sed illa confestim creditoribus datur.

Sarà da domandare perchè l'azione è chiamata *utilis*. La GLOSSA, il GUIACIO (1), il RUDORFF (2) l'intendono nel senso di efficace, ma l'interpretazione non persuade. Contro il tutore, che lo ha malamente fatto astenere, il pupillo agisce con l'*actio tutelae* (3). E quest'azione è diretta, non *utilis*.

Tale può essere soltanto l'azione accordata ai creditori, di cui per altro il testo non fa il nome. Che essa fosse un'« u-

tutore, solo che « inconsultius » abbia fatto astenere la pupilla; D. 26 8. 11 (Gai. 15 ad ed. prov.) dichiara che « in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris spectari debere placuit », il quale tutore sarà tenuto col *iudicium tutelae* « si quid eorum contra commodum pupilli fecerit »; D. 37. 1. 11 (Gai. 14 ad ed. prov.) ritiene il tutore, che ha chiesto la « bon. possessio », responsabile quando « plus incommodi quam commodi haec bonorum possessio habeat ». Per questi passi mi par difficile sostenere che il « tutor pupilli perperam abstenti » rispondesse unicamente del dolo; ed io mi confermo nel dubbio (*Minore età*, p. 157, n. 2) che la tesi sopra ricordata non sia esatta. Contro anche KUEBLER, *Das Utilitätsprinzip bei der Vertragshaftung im klass. r. R.*, p. 14 sgg. [= *Festgabe für Gierke*, p. 250 sgg.], che bene argomenta da D. 26. 7. 41, quantunque non sia tutto genuino.

Ho riportato la n. 2 di *Concorso*. I, p. 564, meno la conclusione « sarà piuttosto da ritenere insitizio *dolo vel* », che oggi respingo. Sarebbe curioso che Papiniano dichiarasse in qual modo « contractum est » (*dolo vel culpa tutoris*) e tacesse da chi « contractum est » (cioè *a tutore*). Più sarebbe contrario alla famosa breviloquenza del giureconsulto che egli avvertisse dovere il dolo o la colpa del tutore intervenire « in officio pupilli ». Sopprimiamo « dolo vel culpa tutoris » e avremo un Papiniano autentico. La tesi del LAURIA, che la responsabilità nell'*actio tutelae* si valutasse secondo il criterio della *bona fides* in relazione ai doveri dell'*officium*, ottiene per la restituzione di D. 27. 3. 18 una brillante conferma; ma ne esce ribadita anche la mia opposizione (cfr. *Studia et docum. hist. et iur.*, 4. p. 135 sgg.) a fare di Papiniano il propugnatore di un nuovo indirizzo, ciò che piace a molti (cfr. da ultimo KRELLER, *Zeitschr. Sav. St.*, 59. p. 418, n. 2).

(1) *In lib.* 25 *quaest. Papin.* ad h. l. [*Opera*, IV, p. 644].

(2) *Vormundschaft*, III, p. 16, n. 7.

(3) Cfr. D. 19. 2. 17 (Ulp. 32 ad ed.); 19. 2. 18 (Iulian. 15 dig.); 23. 2. 67. 6 (Tryphonin. 9 disput.); C. 5. 51. 4. 1 (Alexander), dove i curatori hanno soppiantato i tutori (cfr. *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 27, p. 301, n. 1) e la motivazione « nihil quippe . aestimatur », se non è interamente spuria, per lo meno è stata rimaneggiata.

tilis actio tutelae », come pensa il FABRO (1), è assolutamente da escludere. Diretta o utile, l'*a. tutelae* è esercitata soltanto dal pupillo o in nome di lui. E nel frammento, in questo punto evidentemente alterato, vi è ancora la prova che trattavasi di due azioni distinte: « *quae actio* non prius *competet* quam pupillus ad pubertatem pervenerit, *sed illa* confestim creditoribus *datur* ». Con queste locuzioni non collimano perfettamente le altre: « utilis actio pupillo relinqui an creditoribus concedi debeat — actionem inter pupillum et creditores patris esse dividendam ». E di esse Papiniano non dovrebbe portare da solo la responsabilità.

CUIACIO ha il vanto di avere compreso che i creditori intentavano contro il tutore l'*actio negotiorum gestorum*. La quale è *utilis*, perchè il tutore non ha gerito i negozi ereditarii di sua iniziativa, ma per l'obbligo che gli spettava come tutore, in quanto che, prima dell'astensione del pupillo, anche gli atti relativi all'eredità paterna erano « inter negotia pupilli » (2).

Diffondersi maggiormente su questo punto dopo gli studi del PARTSCH (3) non è necessario. D. 27. 3. 18 conferma i

(1) *Iurispr. papinian.*, 13, 7, 79.

(2) Questa circostanza non è messa nel debito rilievo dal testo, dicendo semplicemente « negotiis impuberis administratis ». Lo SCIALOIA ad h. l. (*Digesta*, Mediolani 1908) propone di inserire « patris » avanti ad « impuberis ». Ciò prova che egli ha visto l'inconcludenza di quell'inciso, ma non è riuscito con la sua aggiunta a farne un elemento influente nella decisione di Papiniano. O con « negotiis patris administratis » si allude ad una gestione anteriore alla morte del padre ed alla tutela, e in tal caso il tutore dovrebbe rispondere con l'« a. neg. gest. directa »; o i negozi sono stati geriti dopo l'assunzione della tutela, e sarà necessario avvertire il loro nesso con quest'ufficio, perchè altrimenti non si giustifica come si debba dare l'« a. neg. gest. utilis ». Infine « negotiis patris » non è una dizione precisa; il padre è defunto, e quindi tanto obiettivamente quanto soggettivamente il tutore, che non può ignorarne la morte, gerisce i « negotia *hereditatis* », non i « negotia *patris* » (cfr. D. 5. 4. 10 di Papinian. 6 quaest. « neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat »). Nella legge giustinianea non è da mutare nulla, perchè è interpolata; ma per la restituzione del testo di Papiniano si potrebbe congetturare ad es. « negotiis *hereditariis* impuberis *nomine* administratis », il che darebbe ragione dell'*a. utilis*.

(3) *Studien zur « negotiorum gestio »*. I. Sulla condizione dei gestori ignari o non spontanei di negozi altrui, cfr. il mio articolo *Sulla gestione per conto*

risultati ottenuti da quell'insigne romanista, mentre poi essi spiegano il motivo che ha indotto i compilatori a sopprimere il nome dell'azione. Ma l'importanza di codesti problemi (1) non fa passare in seconda linea il quesito, per cui ci siamo richiamati al frammento papinianeo. L'azione con la quale si chiede al tutore di risarcire ciò che manca nel patrimonio venduto, non dovrebbe spettare al *bonorum emptor?* Certamente sì. Il RUDORFF (2) afferma che l'azione è data al *bonorum emptor*, più tardi (ch'è quanto dire nel diritto giustinianeo) ai creditori. Il passo dovrebbe dunque essere interpolato anche per questo riguardo. Se non che il RUDORFF, mentre aveva indovinato che la decisione del testo implicava la *bonorum distractio*, non sapeva che nel caso in questione essa è classica.

---

d'altri nella *Riv. ital. scienze giurid.*, 65, p. 101 sgg. Qui mi limito a citare, per la loro stretta analogia con D. 27. 3. 18, altri due passi, D. 3. 5. 25 e 26. 7. 46. 1, i quali parimenti concedevano l'« a. utilis negotiorum gestorum ». Nel primo, Modestino (1 resp.) la dava all'erede legittimo contro gli *actores*, che in nome della « civitas » hanno amministrato l'eredità fedecommissaria prima della dichiarazione di nullità del testamento. Il testo genuino portava: « Modestinus respondit, quod ab uno ex actoribus ob ea quae solus gessit *utili* negotiorum gestorum actione servari non potest, ad damnum eius cui legitima hereditas quaesita est pertinere ». Nell'altro passo il carattere dell'azione è da Paolo (9 resp.) scolpito con le parole « si pupillo in curatores bonorum actiones *decerni* placuerit, pro eius portione, qui idoneus non sit, magistratus conveniri oportere ». Nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 54, p. 46, io pensavo che l'azione accordata al pupillo, dopo impetrata la restituzione contro la sua precedente astensione dall'eredità, fosse l'« a. in factum(?) » di D. 42. 5. 9 pr. Ma, riflettendo meglio, quest'azione potrà spettare contro la « res publica » creditrice o contro i suoi magistrati, se per opera loro « deterior causa possessionis facta esse dicetur », non contro i curatori da essi nominati, i quali non sono « in possessione bonorum » ma amministrano il possesso dell'eredità come mandatarii dei magistrati municipali. L'azione *decretale* contro i curatori è sempre l'« utilis neg. gest. ».

(1) Testè nuovamente esaminati con molta dottrina ed acume dal KRELLER, *Zeitschr. Sav. St.*, 59, p. 412 sgg. Io ho ripetuto ciò che avevo scritto in *Concorso*, 1, p. 564 sgg.; e non è questo il luogo per discutere le osservazioni del K. sull'*actio negotiorum gestorum honoraria* e *civilis*.

(2) Op. cit., III, p. 15.

13. — La *distractio*, che l'editto ordinava per l'eredità devoluta al *suus heres* impubere, fu estesa dalla giurisprudenza ai beni del furioso.

Commentando l'editto « qui fraudationis causa latitabit », Ulpiano (59 ad ed.) scrive che « adeo latitatio animum et affectum (1) occultantis se desiderat, ut recte dictum sit furiosum hinc venditionem pati non posse, quia non se occultat, qui suus non est » (D. 42. 4. 7. 9). Tuttavia, per il dovuto riguardo agli interessi dei creditori, i §§ 10 e 11 continuano:

> Plane si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est. Labeo autem scribit, si non inveniatur curator vel defensor furiosi, sed et si curator datus eum non defendat, tunc removendum eum et oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat: eaque servanda Labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur. 11. Plane interdum bona eius causa cognita vendenda erunt, si urgueat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus, ita autem vendenda, ut quod supersit, furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret: quod quidem non est sine ratione (2).

---

(1) Io stimo una glossa « animum et »: cfr *La revoca*, p. 113, n. 1. L'ALBERTARIO, *Archivio giur.*, 89, p. 253, n. 2 [= *Studi*, I, p. 83, n. 1] sospetta « et affectum », perchè « l'uso di *adfectus* o *affectus* per indicare semplicemente la volontà, l'intenzione, non è classico ». Ma nel nostro caso *affectum* esprime l'intelligenza e la coscienza, non semplicemente l'intenzione di chi si nasconde.

(2) L'ENGELMANN, *Missio*, p. 40 dubita che il passo sia interpolato: il ripetuto attacco con *plane* non è molto elegante e l'invocazione della *ratio* è poco meno sospetta che in D. 45 3. 39 (su cui ved. *Index interpolat.*). Io reputerei nel § 11 la nota « quod quidem non est sine ratione » un glossema e ritoccato il motivo « quia hominis eius status et habitus... » (*status et* aggiunto?). A far pensare che il § 10 sia stato rimaneggiato concorrono varie circostanze: l'ellissi di *esse* dopo « dandum », per cui si crederebbe che sia stato soppresso il nome del giureconsulto citato da Ulpiano, se la cancellazione fosse verosimile in un frammento dove i compilatori hanno mantenuto due

Di questo passo, infarcito di glosse, è sostanzialmente classica l'affermazione che, se il furioso non sia difeso perchè manca il curatore o perchè questi omette di difenderlo, « bona eius, ut possideantur, nominatim permittendum est » ed in tal caso il pretore darà a curatore « aliquem ex creditoribus » (1), coi poteri accordati nella cura dei beni del *venter* (2) e con la facoltà di vendere il patrimonio del furioso « ita... ut quod supersit, furioso detur ».

Si disputa chi sia il curatore, che Labeone intendeva fosse nominato, quando manca il *curator furiosi* e nessuno difende il furioso. Il curatore scelto fra i creditori sarà anche esso un *curator furiosi?* La risoluzione di questo dubbio è la chiave per la retta intelligenza del testo.

Il DERNBURG (3) crede che vi si parli costantemente del *curator furiosi*. E in apparenza questa interpretazione è sostenuta dal principio del § 10: « si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est ». L'alternativa parrebbe che

volte il nome di Labeone; il rapporto di successione lógica alquanto oscuro tra le ipotesi « si non defendatur furiosus — si non inveniatur curator vel defensor furiosi sed et si curator datus eum non defendat », le quali sembrano indicare lo stesso fatto della mancata difesa; l'impossibilità di rimuovere un curatore che « non inveniatur », ossia che non esiste (letteralmente la conclusione « removendum eum » pare dettata per ambo i casi « si non inveniatur... defensor furiosi, sed *et* si curator datus eum non defendat »).

A questi rilievi già esposti in *Concorso*, I, p. 558, n. 1 (ved. anche *Studi di Pavia*, 6, p. 182) — e non precisamente segnalati dall'*Index interpolat.*, il quale lascia credere che io ammetta l'interpolazione di tutto lo squarcio « plane ...removendum eum » — aggiungo che la non classicità di « tunc removendum eum » è assicurata dalla scoperta che il pretore non destituiva tutori e curatori, ma ne interdiceva l'amministrazione (cfr. *Studia et docum. hist. et iur.*, 3, p. 123 sgg.; e sopra vol. II, p. 52 sgg.).

(1) Gratuita è la supposizione del RAMADIER, *Missio*, p. 115, n. 1 che queste parole costituiscano una glossa. Dopo la vana ricerca di un curatore che assuma la difesa del furioso, era opportuno notare che per la soddisfazione dei creditori il curatore è scelto fra di loro e nel comune interesse qualcuno accetterà l'ufficio.

(2) Ved. vol. II, p. 17 sgg.

(3) *Emtio*, p. 77. Contro, aderendo alla mia interpretazione, RAMADIER, *Missio*, p. 147, n. 1.

desse ragione al DERNBURG. Poichè, scegliendolo fra i creditori, si è trovato un curatore che difende il furioso, non occorre e non è più giustificata la *missio in bona*. Ma, ciò posto, o il secondo membro di quell'alternativa, l'immissione dei creditori, sarebbe destinato a rimanere lettera morta, se tra i creditori qualcuno accetti l'ufficio di *curator furiosi*; o sarebbe lasciato all'arbitrio dei creditori stessi l' ottenere la *missio*, di cui la concessione è subordinata al loro rifiuto della *cura furiosi*. In ambe le ipotesi non mi pare che si cavi un bel costrutto dal discorso ulpianeo.

Questo invece risulta logico e conforme ai dati più certi, se poniamo che, quando « non inveniatur curator furiosi » o « curator datus eum non defendat », allora si faccia luogo alla *missio* e si dia un *curator bonorum*.

La scelta del *curator furiosi* tra i creditori è una stortura (1), anche se nel caso di D. 42. 4. 7. 10 la prima attività del curatore sia quella di pagare i debiti. Dal ceto dei creditori si prende il *curator bonorum* dopo la *missio in bona*. E ad un *curator bonorum* si riferiscono le funzioni indicate dal § 10: « ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat » e purchè si osservino le regole « quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur ». Alle vendite parziali è appunto autorizzato il *curator bonorum*, ed egli, per il caso della pregnante immessa nel possesso dell'eredità devoluta al nascituro, « solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena aut pignoribus pretiosis debetur » (D. 37. 9. 5. 1), traendone i mezzi « primum ex pecunia numerata: si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonia onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt » (2). Anche la liquidazione generale del patri-

(1) Che non sarebbe prudente appoggiare con D. 37. 9 1. 23 (Ulp. 41 ad ed.); nel caso del *venter* il curatore sarà scelto fra i creditori, se questi avranno ottenuto la *missio*; e, comunque, la funzione del *curator ventris et bonorum*, per la sua durata, non è paragonabile a quella del *curator furiosi*.

(2) Cfr. D. 37. 9. 1. 20 (Ulp. 41 ad ed.), dove la regola è enunciata per la fornitura degli alimenti alla pregnante, ma si applica in ugual modo nel pagamento dei debiti.

monio, consentita dal § 11 nell'interesse dei creditori e in guisa che « quod supersit, furioso detur », richiede l'opera del *curator bonorum*.

Per mettere nella più viva luce il contenuto classico del § 10, riassumo critiche e discussioni in un tentativo di restituzione.

> Si non defendatur furiosus, bona eius ut possideantur nominatim (1) permittendum est. Labeo autem scribit oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus ut non amplius rell (2).

Veniamo al § 11.

La vendita degli oggetti superflui e di lusso non basterà a far danaro per il pagamento dei debiti ed il pretore « causa cognita » autorizzerà l'alienazione di tutto il patrimonio del furioso « si urgueat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus ».

Difficilmente la condizione « si urgueat... » è autentica. La prima proposizione « si urgueat aes alienum » è vaga e indeterminata. Quali sono i debiti urgenti? Il passivo non sarà composto di soli debiti urgenti; e in quale proporzione dovranno stare gli urgenti coi non urgenti, perchè sia consentita la vendita? La seconda proposizione « et dilatio damnum sit allatura creditoribus » è ingenua. Ogni ritardo cagiona danno, poco o molto, ai creditori. Come bastasse il danno della dilazione, si dovrebbe sempre permettere la ven-

(1) L'avverbio sta ad indicare una decisione caso per caso, che il magistrato prenderà secondo le circostanze. Anche la *missio in bona furiosi* era dunque preceduta, come la *distractio* dei beni stessi (ved. § 11), da una *causae cognitio*.

(2) Dicendo « si non defendatur furiosus », il giureconsulto presuppone che il *curator furiosi* non esista o non osservi l'obbligo della difesa. La chiamata del curatore precede e non segue la constatazione del fatto che « non defenditur furiosus ». Stabilito questo fatto, rimane solo da vedere se e come i creditori meritino di essere protetti. Le misure contro il curatore non interessano i creditori nelle cui tasche non entra un soldo per la remozione o per altro provvedimento che colpisca il curatore.

dita e sarebbe tolta ogni libertà all'apprezzamento discrezionale del pretore. Io stimo « si urgueat... » una glossa a *causa cognita*. Ulpiano non sentiva il bisogno di illuminare la *causae cognitio* che il pretore si era riservato nell'editto; un commentatore ha voluto spiegarne il tema e non è riuscito a precisare nulla.

Importante per noi è il modo della vendita: « vendenda erunt ita (1) ut quod supersit, furioso detur ». Il Dernburg (2) è d'opinione che si tratti di una vendita diversa dalla *bonorum venditio* coatta. I beni sono venduti complessivamente, ma non viene offerta una percentuale per i creditori; invece è data una somma di denaro al *curator furiosi*, il quale, impiegatane una parte nella soddisfazione dei creditori, serba la rimanenza per il furioso.

Sia perchè la vendita in D. 42, 4. 7. 10-11 non è eseguita dal *curator furiosi*, bensì dal *curator bonorum*, sia perchè una vendita in blocco per un corrispettivo diverso da quello della percentuale è ignota alle nostre fonti, non possiamo consentire nella tesi positiva del Dernburg. Quanto alla proposizione, che il compratore non offra una percentuale, essa è verissima ed ampiamente suffragata dalle parole « ita ut quod supersit, furioso detur ». Ma questa circostanza nè importa che tutto il patrimonio si venda per un unico prezzo nè toglie che si tratti di una vendita coatta, nell'interesse e ad istanza dei creditori. Piuttosto, guardando attentamente il corso delle idee e le parole usate nell'esposizione del giureconsulto, si può sostenere che non vi ha vendita complessiva.

(1) Espunta la glossa « si urgueat... creditoribus », non v'è posto nè motivo per la ripresa « autem vendenda ». Il Beseler, *Studia et docum. hist. et iur.*, 1, p. 276 ha criticato *autem* nel senso di *et quidem*.

(2) *Emtio*, p. 77. Per altro a p. 78 finisce con l'ammettere che, se non si trova un curatore del furioso, nemmeno fra i creditori, e il patrimonio è manifestamente passivo, i creditori ottengono la *missio in bona* e procedono alla *venditio bonorum*.

Il § 10 permette la costituzione del curatore « ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat »; il § 11 consente di alienare talvolta anche l'intero patrimonio, ma ciò non significa che senz'altro lo si debba vendere tutto d'un colpo. Avrebbe dovuto dubitarne lo stesso DERNBURG, che ha pur notato giudiziosamente come qui la vendita sia governata da ragioni economiche. Il fine a cui si ispirano le decisioni dei giureconsulti è la conciliazione degli opposti interessi dei creditori e del furioso. A costui, per quanto è possibile senza il sacrificio dei primi, si desidera risparmare la vendita dei beni; e la si permette solo eccezionalmente, « interdum causa cognita ». Con lo spirito di tali disposizioni contrasta una vendita in blocco dell'intero patrimonio, perchè a priori non si può escludere che basterebbe liquidare una parte, sia pure cospicua, dei beni e che dalla vendita al dettaglio si ricaverebbe un prezzo maggiore. Poi l'interesse del furioso è che gli si lascino invenduti i beni esuberanti, non già che gli si restituisca il prezzo avanzato.

A queste considerazioni, per cui riteniamo che i beni del furioso non erano venduti in blocco, ma a uno a uno fino a concorrenza dei debiti, si aggiunge il dettato chiarissimo del § 11: « vendenda erunt ita ut quod supersit, furioso detur ». L'obbligo di restituire il superfluo non è qui meno accentuato che in D. 42. 5. 6 pr.: « bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur ». E la conclusione, certa per ambo i testi, è che essi dispongono non la *venditio*, ma la *distractio bonorum* (1).

(1) Anche per il § 11 l'*Index interpolat.* mi attribuisce l'ammissione d'interpolazioni che non ho mai pensato a sostenere. Il BESELER, loc. cit., del fr. 7. 10-11 porge la seguente restituzione:

> Plane si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum. Labeo autem scribit, si curator datus eum non defendat, oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat: eaque servanda Labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur.

Il § 11 è interamente buttato a mare e non saprei dire se il testo restituito concerna ancora la *missio in bona*. I ragionamenti che abbiamo svolto intorno

14. — Il beneficio della *distractio* non poteva essere limitato al furioso, ma doveva estendersi agli altri incapaci. È quanto sappiamo da D. 42. 4. 7. 12.

> Idemque et in prodigo dicendum est ceterisque, qui curatorum ope iuvantur: nec enim quisquam proprie latitare eos dixerit (1).

Soggetti a cura, oltre i prodighi, erano i *mentecapti* o *dementes* (2), i *fatui* (3), i *muti* (4), i *surdi* (5), coloro *qui morbo perpetuo laborant* (6), o ai quali *propter infirmitatem curatorem praetor dare solet* (7), o che non sono *sibi sufficientes* (8), o che *rebus suis superesse non possunt* (9), in generale tutti i *debiles* (10) o quelli a cui *ex causa praetor curatorem dedit* (11).

al passo ulpianeo ci autorizzano a negare questo risultato. In alcune critiche, come dell'alternativa « curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur rell. » e di « tunc removendum eum et », consentiamo anche noi; ma esse permettono un'altra ricostruzione del testo originario. Quando poi a « ut quod supersit furioso detur » il Beseler obietta che nella regolare *venditio bonorum* un tale avanzo è impossibile, e a « quia... abhorret » osserva che per il *pupillus* non si procedeva nella maniera desiderata per il *furiosus*, è evidente che l'insigne critico non conosce il mio articolo del 1904 ed è lontano dal pensare che per il pupillo ed il furioso vigevano norme particolari.

(1) Senza indicarne i motivi, il BESELER, loc. cit., mette fra uncini « ceterisque... dixerit »

(2) La distinzione di questi pazzi dai furiosi non è classica. Cfr. il mio articolo *Furor vel dementia*, in *Mouseion*, II (1924), p. 10 sgg.

(3) Cfr. D. 3. 1. 2; 42. 5. 21.

(4) Cfr. D. 3. 1. 3. 3; 26. 5. 8. 3; 27. 1 45. 2; 36. 1. 67. 3; 42. 5. 20; 50. 4. 1 4; Inst. 1. 23. 4.

(5) Cfr. D. 3. 1. 3. 3; 26. 5. 8. 3; 42. 5. 20; Inst. 1. 23. 4.

(6) Cfr. D 3. 1. 5; Inst. 1. 23. 4.

(7) Cfr. D. 3. 1. 4; Inst. 1. 23. 4. I compilatori sembrano distinguerli da *qui morbo perpetuo laborant* menzionati nel fr. 5 dello stesso titolo

(8) Cfr. D. 46. 3. 14. 7.

(9) Cfr. D. 26. 5 12 pr.; 27. 10. 2. Nelle Inst. 1. 23. 4 « quia rebus suis superesse non possunt » è divenuto il motivo, per cui si danno i curatori « et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant ».

(10) Cfr. D. 42. 5. 19. 1. Su questo passo ved. cap. XIV, num. 15.

(11) Cfr. D. 32. 50. 2.

Tra i « ceteri, qui curatorum ope iuvantur » non erano compresi i minorenni. Nell'età classica ai minori di 25 anni era riconosciuta la piena capacità di stare in giudizio,senza che fossero assistiti da un curatore (1). Il minore, assente o latitante, che non era difeso, subiva la *bonorum venditio* (2), come prova D. 42. 5. 5 (Ulp. 60 ad ed.).

> Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores, a curatoribus non defendatur nec alium defensorem inveniat (3), bonorum venditionem patitur [, etsi non latitet, licet non fraudationis causa latitare videtur, qui sui non est idoneus defensor] (4).

L'interpretazione di questo passo nel senso che i beni del minorenne si vendevano con la forma ordinaria, cioè in blocco al *bonorum emptor*, è stata sempre dominante fra i romanisti (5); ma non era dato conciliare D. 42. 5. 5 e D. 42. 4. 7. 12, finchè si credeva all'incapacità del minore (6),

(1) Cfr. Solazzi, *La minore età*, p. 195 sgg.

(2) Cfr. Solazzi, op. cit., p. 226 sgg.

(3) Già nel vol. I, p. 84, n. 1 ho respinto l'opinione del Frese, *Studi Bonfante*, IV, pp. 426, 441, n. 191 che « nec... inveniat » sia interpolato. La mancata difesa da parte dei curatori non è una condizione sufficiente perchè abbia luogo la *bon. venditio*; bisogna che il minore non sia difeso da nessuno. Anche in D. 42. 4. 7. 10 il Frese, op. cit., p. 443, n. 202 ritiene insitizio « vel defensor », ma ivi è spuria tutta la frase « si non inveniatur curator vel defensor furiosi »: ved. p. 40, n. 2.

(4) Ved. la critica di « etsi.., defensor » nel vol. I, pl. 84 sgg

(5) Cfr. Hartmann, *Das röm. Contumacialverfahren*, pp. 42, 71; Keller, *Röm. Civilprocess*, p. 437, n. 1050; Bachofen, *Pfandrecht*, p. 290, n. 8; Filomusi-Guelfi, *Il processo civile contumaciale nel dir. rom.*, p. 34, n. 10; Naber, *Mnemosyne*, 25, p. 289; Böhm, *Die missio in bona cum effectu venditionis*, pp. 41, 124 sgg. Cfr. anche Zimmern, *Gesch. d. röm. Privatrechts*, p. 241 testo alla n. 11.

(6) L'accordo si tentava falsando il significato dei due testi. In D. 42. 4. 7 10-12 l'esecuzione contro il furioso ed il prodigo non differirebbe dall'esecuzione ordinaria, se non per ciò che la *bon. venditio* era consentita *causa cognita* e nell'ipotesi di estremo bisogno; D. 42. 5. 5 non direbbe che il minore subisce *sempre* la vendita e permette di sottintendere le condizioni indicate dall'altro testo. Cfr. Dernburg, *Emtio*, p. 78 sgg.; Accarias, *Précis*[4], II, p. 704, n 3; Tambour, *Voies d'éxécution*, I, p. 206 sgg.

nè si poteva nascondere l'intima contradizione del fr. 5, finchè si attribuivano ad Ulpiano le ultime parole del testo, con le quali egli rifiuterebbe al minore di 25 anni la qualità di « sui idoneus defensor » e in pari tempo ammetterebbe contro di lui assente (1) e indifeso la *bonorum venditio*.

Per altro sembra che D. 42. 5. 5 non s'accordi neppure con D. 4. 4. 22 (Ulp. 11 ad ed.) e 46. 3. 90 (Scaev. 26 dig.), i quali presuppongono la *distractio* dell'eredità ricusata dal minorenne.

> In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt, a minore refundenda non sunt. Quemadmodum per contrarium cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erant per curatorem bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severius et Antoninus rescripserunt (2).
>
> Filius, qui administrabat ut heres paterna bona, pecuniam ex his Sempronio mutuam dedit et eandem particulatim recepit, deinde se abstinuit, quia minor annis erat, ab ea hereditate: quaesitum est, curator bonorum patris constitutus an adversus Sempronium utilem actionem habet. Respondit nihil proponi, cur non is, qui solvisset id quod mutuum ita acceperat, liberatus esset.

(1) Nel l. 60 ad ed. Ulpiano commentava l'editto « qui absens iudicio defensus non fuerit ».

(2) Il Beseler, *Beiträge*, II, p. 23 sospetta qualche alterazione del testo per l'uso della parola « forma ». Io alla frase « quae antea... constitutum » vorrei notare che l'uso del termine « distrahere » e suoi derivati è costante nella *distractio ex senatus consulto*, ma nella *distractio ex edicto* i classici dicono « vendere » o « venire »: cfr. D. 42. 4. 7. 10-11; 42. 5. 6 pr e § 2; 42. 5. 28; 36. 1. 81; 27. 3. 18. Fanno eccezione soltanto D. 4. 4. 24. 2. che ha « distracta hereditate » ma è un luogo sospetto (ved. *Index interpolat.*) e D. 4. 4. 22. dove la ridondanza « curatorem *bonorum*... ad distrahenda *bona* constitutum » mi pare evidente. « Ad distrahenda bona secundum iuris formam » è con molta probabilità un glossema.

Stando sul terreno della vecchia opinione, che ammetteva la *distractio* unicamente per le *claræ personae* (1), e leggendo nel fr. 22 che l'eredità ripudiata dal minorenne era venduta da un curatore « ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutus », molto verosimile appariva la congettura del RUDORFF (2) che il *curator* avesse preso il posto del *magister*. Se invece, come dimostro in nota, eliminiamo il glossema « ad distrahenda bona secundum iuris formam », il *curator bonorum decreto praetoris constitutus* potrebbe essere il solito curatore incaricato di amministrare i beni con la facoltà di vendere gli oggetti deperibili e di compiere altre operazioni urgenti. Il fr. 22 non proverebbe più che l'eredità rifiutata dal minore fosse venduta col sistema della *distractio*.

Per noi non ha importanza la questione trattata da Scevola in D. 46. 3. 90. Basterà osservare che la validità degli atti compiuti dal minore prima dell'astensione e la liberazione del mutuatario che ha restituito, sia pure un po' alla volta, il denaro ricevuto in mutuo, si fondano sullo stesso principio che Paolo enunciava a proposito del pupillo in D. 42. 5. 6. 1 « si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit ». Ciò che deve attirare la nostra attenzione è la domanda se il « curator bonorum patris » avesse azione contro il mutuatario Sempronio. Il giureconsulto risponde di no, perchè Sempronio si è liberato col pagamento fatto al minore; è dunque implicito che, se l'obbligazione non fosse estinta, il curatore potrebbe agire contro il mutuatario. Ma questa facoltà al *curator bonorum* dato per l'amministrazione interinale prima della *venditio* non competeva in modo così generale come il passo di Scevola farebbe credere. Sua funzione non è quella di esigere i crediti del debitore sottoposto alla *missio;* egli è chiamato soltanto a promuovere le azioni che pericolano nell'indugio (1) e il fr. 90 non tratta di un'*actio temporalis* nè di un'azione che si estingua con la morte del debitore (o anche del creditore), bensì di un'azione perpetua, qual'è l'azione nascente dal mutuo.

(1) Che la *distractio* più tardi sia stata applicata ad altri debitori, afferma HEIMBACH, in WEISKE, *Rechtslexicon*, II. p. 276, n. 20, citando D. 4. 4. 22.

(2) *Vormundschaft*, I. p. 161, n. 30. Contro: STIEBER, *De bonorum emtione*, p. 63, nota c: e. implicitamente. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.*, II. p. 1198, n. 3.

A ribadire che il classico *curator bonorum* non aveva il compito di esigere i crediti che si trovassero nel patrimonio del fallito, valga una considerazione pratica. Se tutti i crediti fossero esatti dal curatore, anzichè vendere il patrimonio complessivamente, sarebbe stato più saggio ripartire il denaro raccolto fra i creditori e limitarsi alla vendita degli altri beni. Ciò contradice, è chiaro, al carattere essenziale della *bon. venditio;* ma è conforme allo spirito ed allo scopo della *bon. distractio*. Pertanto il curatore del fr. 90 era un *curator bonis distrahendis* e non il curatore che abbiamo imparato a conoscere nel cap. VIII.

È dunque innegabile che D. 46. 3. 90 ammette la vendita al dettaglio dell'eredità devoluta al minore. L'armonia con D. 42. 5. 5 si stabilirà o supponendo che il fr. 90 originariamente riguardasse l'impubere o che relativamente al minore la norma non si estendesse fuori dell'ipotesi (eredità) per cui ci è attestata.

Io preferisco la prima spiegazione. Che l'erede astenutosi fosse minore, l'impariamo dalle parole « quia minor annis erat », con le quali il cliente di Scevola avrebbe giustificato la possibilità di astenersi per uno che aveva compiuto sul patrimonio ereditario gli atti di immistione descritti nel quesito. La giustificazione non influiva sulla decisione ed era superflua, perchè il giureconsulto, sapendo che ai beni era stato dato un curatore, non poteva nutrire dubbi circa l'astensione. Tuttavia io non impugno l'autenticità della frase « quia minor annis erat »; molte volte i laici intrattengono i loro consulenti con chiacchiere più o meno oziose. Per

(1) Ved vol. II, p. 14 sgg.

altro osservo che la giustificazione è insufficiente, trattandosi di un minorenne. Questi, per potersi astenere, dovrebbe chiedere la *restitutio in integrum* ed il passo dice semplicemente « se abstinuit ». Tale affermazione nuda e cruda è più acconcia per il pupillo (1). All'uopo non è necessario ritenere *minor* emblematico o *quattuordecim* soppresso; che non sarebbero dubbi irragionevoli, anche a prescindere dai risultati della critica (2) per la composizione e pubblicazione dei *Digesta* di Scevola. Più cautamente si può stimare che il suo corrispondente non badasse troppo alla differenza di *pupillus* e *minor*, quando variava la procedura ma in definitiva l'uno e l'altro potevano astenersi malgrado l'immistione (3).

15. — Concludendo, la *distractio* pretoria aveva due applicazioni: nell'eredità devoluta all'impubere (4) e nel patrimonio del furioso, del prodigo e di altri incapaci (5), la prima introdotta dall'editto per il pupillo privo di tutore ed estesa al caso che il tutore vi fosse e facesse astenere il pupillo dall'eredità, la seconda ammessa dalla giurisprudenza.

(1) Ma per questo « se abstinuit » parrebbe meno opportuno di « abstentus est ».

(2) Cfr. SCHULZ, *Symbolae friburgenses in hon. O. Lenel*, p. 143 sgg.

(3) Non interessa per la *distractio* C. 6. 31. 2 (Antonin.). Vi si discorre di una vendita di fondi, e per ciò di una vendita parziaria, fatta dai creditori dopo l'astensione del *suus heres*; ma dal tenore del rescritto appare chiaro che i creditori hanno venduto i fondi ricevuti in pegno.

(4) I testi esaminati concernono l'eredità paterna, ma, benchè non ci sia stato conservato alcun passo relativo all'eredità lasciata all'impubere da un estraneo, pensiamo che anche questa, se ripudiata dal pupillo, fosse venduta col procedimento della *distractio*.

(5) Sebbene di costoro tratti D. 42. 4. 7. 9-12. dove Ulpiano commentava l'editto sulla *latitatio*, e per il furioso il § 9 dica « hinc venditionem pati non posse », dove *hinc* sembra limitare l'affermazione all'editto commentato, pure nel caso dell'assenza non stimo che il provvedimento fosse diverso. Sarebbe enorme costringere i creditori ad attendere per la vendita la guarigione del furioso; e costui è tanto responsabile dell'assenza quanto della latitanza. In entrambi i casi la vendita si dovette eseguire coi medesimi temperamenti. Sempre e per tutti gli incapaci vale la regola che addolcisce gli effetti della mancata difesa, a cui non sono idonei

La dimostrazione della nostra tesi sarebbe manchevole, se non provassimo che nella *distractio* era data un'azione al debitore per far valere il diritto sulla rimanenza. In altri termini, dobbiamo provare il contrario di quello che abbiamo sostenuto per la *bonorum venditio* (1).

In D. 42. 5. 6 pr.; 36. 1. 81; 42, 4. 7. 10-11 vi è una esplicita menzione del diritto a ripetere l'avanzo; e da D. 42. 5. 9. 3 io argomento che al debitore fosse data un'azione per ottenere il denaro residuo (2). Ulpiano commenta l'editto « si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat... de ea re iudicium in factum dabo » (3) e dichiara che « his verbis *ad quem ea res pertinet* continebitur et ipse debitor, si contigerit, ne bona eius veneant » (4). Il giureconsulto si riferisce alla *bonorum venditio* e deve supporre che essa non abbia luogo affatto, perchè il debitore abbia diritto alla restituzione dei frutti e, a maggior ragione, dei beni che gli appartengono; ma con la *distractio* ne può rimanere invenduta anche una parte, ed è logico che questa sia restituita al debitore. Per gli oggetti non venduti egli avrà le azioni che a lui spettavano anteriormente (5); per il resto del denaro ricavato dalla vendita è molto probabile che, analogamente a ciò che stabilisce per i frutti il citato fr. 9 § 3 nel procedimento normale della *bon. venditio*, avesse un'*actio in factum*.

Se non che quello stesso principio, il quale secondo noi impediva che il debitore potesse avere alcun diritto sulla maggior somma (oltre il pagamento dei debiti) in ipotesi ricavabile dalla *bonorum venditio*, cioè l'inammissibilità delle

(1) Ved. vol. II, p. 115 sgg.

(2) Io immagino, come può verificarsi facilmente, che la vendita di uno o più oggetti dia un prezzo superiore alla somma dei debiti.

(3) Ved. vol. I, p. 198.

(4) Ved. vol I. p. 200.

(5) Potremmo richiamarci a D. 36. 1. 81 « actiones fideicommisario denegandae erunt », se qualche dubbio non ne offuscasse la purità. In ordine alla legittimazione passiva del *curator bonorum* nella *rei vindicatio* si affaccia per diritto classico la questione della sua ammissibilità contro il semplice detentore.

azioni « ex ante gesto », sembrerebbe che fosse accolto anche per la *distractio* e il nostro ragionamento dovesse cadere di fronte a D. 42. 7. 4 (Papir. Iust. 4 de constit.).

> Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt bonis per curatorem ex senatus consulto distractis nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere (1).

Per altro la ragione, che sta a fondamento della norma, consiglia di intenderla restrittivamente (2). Si capisce il dubbio proposto agli imperatori. Può accadere che nell'inventario qualche oggetto sfugga e non sia compreso in nessuno dei lotti venduti; di qui la pretesa del debitore sull'oggetto superstite. È chiaro che la questione sorge, perchè la vendita non fu eseguita in blocco e manca un successore universale del *fraudator*; ma è anche razionale che si neghi a costui ogni azione « ex ante gesto », quando, liquidato tutto il patrimonio reperibile, i creditori non furono soddisfatti per intero e si sarebbe venduto anche il cespite scoperto più tardi, se lo si fosse conosciuto prima.

Diversamente stanno le cose nell'ipotesi di cui ci occupiamo. Noi poniamo che, pagati integralmente tutti i creditori, si abbia un residuo in denaro o in altri beni: a chi vorremo attribuirlo se non al debitore? Giudicando altrimenti, sarebbe annullata la differenza capitale che intercede fra la *venditio* e la *distractio bonorum*. Nella prima si verifica una successione universale, sicchè dai rapporti giuridici compresi nel patrimonio venduto possono derivare azioni unicamente per il *bonorum emptor*; nella *distractio*, alienato ciò che basta per soddisfare i creditori, sarebbe assurdo che la rimanenza non continuasse ad appartenere al debitore. Tanto assurdo, quanto sarebbe stato, nel *pignus ex causa iudicati captum*, l'ammettere che, « si quid ex pretiis supersit », non dovesse restituirsi « ei, cuius pignora vendita erant » (1).

(1) Ved. vol. II, p. 208.

(2) Cfr. Accarias, *Précis* [4], II, p. 768, n. 2 (il fr. 4 « sans nul doute se place dans l'hypothèse ordinaire, celle d'un débiteur insolvable »); Rotondi, *Bonorum venditio*, p. 129, n. 131.

Ad ogni modo, chi non volesse arrendersi alla forza di queste ragioni, dovrebbe limitare l'applicazione di D. 42. 7. 4 alla *distractio ex senatus consulto*. Per la *distractio* ammessa dall'editto pretorio e dalla giurisprudenza che l'ha seguìto, le affermazioni « bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur — bona vendenda erunt ita ut quod supersit, furioso detur » sono così categoriche che non è possibile negare al pupillo o al furioso le azioni per il conseguimento del residuo. O si davano queste azioni o la promessa dell'editto era illusoria.

16. — Per lo Scarlata Fazio (2) l'interpretazione logica di D. 42. 7. 4 che noi difendiamo è sforzata. Egli riporta il suo contenuto a ciò che è detto in D. 42. 5. 30 e, per avere « il necessario completamento » di questo rescritto, muta *nullam actionem ex ante gesto* con le parole *nullum praeiudicium*.

Tale congettura è gratuita e non è presentata con un metodo raccomandabile.

a) Lo scrittore ha omesso di dirci quale sia l'interpretazione « non sforzata » del testo nelle Pandette. Ma noi sappiamo che l'emblema si determina, si valuta, si controlla al paragone del nuovo significato assunto dal testo. Triboniano che fine si propose modificando il rescritto nel modo che piace allo Scarlata Fazio? Perchè ha conservato « ex senatus consulto » e avrebbe soppresso « nullum praeiudicium »? La prima locuzione conteneva una notizia storica di scarso interesse per i compilatori; l'altra, eliminato il ricordo del senatoconsulto, poteva ancora esprimere una norma accettabile per la *distractio* giustinianea.

(1) Cfr. invece D. 42. 1. 21 (Callistrat. 2 cognition.).

(2) *Principii vecchi e nuovi di dir. privato nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres*, p. 139 sgg.

Intanto lo studioso del diritto bizantino, se non voglia ascrivere al legislatore una sciocchezza, deve dare del fr. 4 l'interpretazione... sforzata. Quel denaro, che si è ritratto dall'alienazione dei beni del debitore e di cui Giustiniano (C. 7. 72. 10. 2) ordina il deposito « in cimeliarchio sanctae ecclesiae », andrà a beneficio della chiesa, se non spuntano altri creditori, o finirà con l'essere restituito al debitore? Poichè sembra giusta l'ultima soluzione, ecco che per diritto giustinianeo al debitore compete l'azione « ex ante gesto ».

b) Lo SCARLATA FAZIO non si è curato di indagare per quale motivo i compilatori a D. 42. 7. 4 fossero infastiditi dalla menzione del *praeiudicium*. Eppure egli vedeva che in D. 42. 5. 30 (Papir. Iust. 1 de constit.) il *praeiudicium* è stato rispettato.

> Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt eos, qui bona sua negant iure venisse, praeiudicio experiri debere et frustra principem desiderare rescindi venditionem.

Come in un luogo Triboniano ha lasciato *praeiudicio* (1), mal si comprende che nell'altro l'abbia cancellato. Supponendo che non approvasse la decisione negativa di D. 42. 7. 4, contraria a quella di D. 42. 5. 30, avrebbe potuto mutarla in affermativa; ma non aveva bisogno di sostituirla con « nullam actionem ex ante gesto ».

c) Lo SCARLATA FAZIO, che vuol completare un rescritto con l'aiuto dell'altro, non avverte che in D. 42. 5. 30 gli imperatori spiegano lo scopo del *praeiudicium* mediante la proposizione « qui bona sua negant iure venisse » e che il medesimo cenno sarebbe stato aggiunto in D. 42. 7. 4, se anche questo rescritto avesse discorso del *praeiudicium*.

(1) Accettando una congettura del BESELER (per cui ved. vol. I, p. 138, n. 3), potremmo dire che ha messo *praeiudicio* al posto di *ex praeiudiciali sponsione*.

d) La frase « nullam actionem ex ante gesto competere » è abbastanza chiara e deve la sua luminosità alle parole « ex ante gesto ». Ma la frase immaginata dallo SCARLATA FAZIO « nullum praeiudicium competere », senza nessuna spiegazione sul contenuto del *praeiudicium*, è oscura e pericolosamente ampia.

e) Per noi il significato di « ex ante gesto » non è ambiguo. Ma forse non era altrettanto nitido per i bizantini. I Bas. 9. 7. 48 e lo sch. 1 a Bas. 38. 12. 4 mostrano che i loro redattori ebbero dinanzi un manoscritto in cui si leggeva « ex testamento » invece di « ex ante gesto ». La falsa lezione, a parer mio, sarebbe nata, perchè la vera non era ben compresa; e questa circostanza è nemica all'ipotesi dello SCARLATA FAZIO che le parole « ex ante gesto » siano state inserite nel frammento dai giustinianei.

f) Giova pure riflettere se i classici potessero scrivere « praeiudicium competere ». Io ne dubito. D. 42. 5. 30 ha « praeiudicio experiri debere »; il *Vocabularium iurispr. rom.* alla voce *competo* non registra nessun esempio (1).

g) Oggi i due passi concernono temi evidentemente diversi e non è dato con argomenti positivi e con rigore scientifico stabilire fra loro alcun legame. Lo SCARLATA FAZIO adopera gli arbitrii e i capricci della fantasia. A suo dire, il rescritto di D. 42. 5. 30 avrebbe pronunciato l'inammissibilità dell'appello per la valutazione della esistenza o meno del presupposto che giustifichi la *bon. venditio* e avrebbe « introdotto » il *praeiudicium an ex lege bona venierint* (2).

Qui c'è un'accozzaglia di errori.

Da quale decisione si appellerebbe? Lo SCARLATA FAZIO (3) ricostruisce così la fattispecie: « un Tizio subisce la

(1) Perfino Diocleziano (C. 7. 16. 21) scrive « habere praeiudicium ».

(2) Per questo nome lo SCARLATA FAZIO, op. cit., p. 139, n. 3 cita PISSARD, *Les questions préjudicielles*, p. 216; ma il nome non si trova nelle fonti e non può essere romano, poichè nessuna *lex* regolava la *bon. venditio*. I giureconsulti avranno detto « an *iure* bona venierint ».

(3) Op. cit., p. 138 sgg.

bonorum venditio, contro la sentenza ricorre in appello al principe perchè la *venditio* venga annullata, sostenendo che manca il presupposto che giustificherebbe il provvedimento ». Ma nel caso dei reclamanti « qui bona sua negant iure venisse » non vi sono sentenze; l'*addictio* al *bonorum emptor* non è una sentenza. Esistono solamente due decreti del pretore, contro cui a tempo debito si sarebbe potuto desiderare l'appello: il decreto che autorizza la *missio* e quello che permette l'adunanza dei creditori per l'elezione del *magister*. Se non che entrambi questi decreti sono anteriori di molti giorni all'*addictio* dei beni e i termini per l'appello nel momento della vendita sarebbero scaduti da un pezzo. Non è credibile che ai Divi Fratres si sia offerta l'occasione di dichiarare inammissibile un appello, al quale avrebbe potuto pensare solo un pazzo. Nè « desiderare rescindi venditionem » è una espressione congrua per significare l'appello contro un decreto del magistrato o una sentenza del *iudex* privato; essa allude alla *restitutio in integrum*, di cui si poteva discutere se fosse ammissibile contro la *bon. venditio*. Ma, come gli antichi negavano la *restitutio* al *suus* astenuto « si res iam venumdatae sint » (1), così dovettero negarla al debitore, quantunque invocasse l'irregolarità della *bon. venditio*.

Che il *praeiudicium* sia stato introdotto dai Divi Fratres è un'altra opinione avventata dello SCARLATA FAZIO. Egli afferma che ciò « si può chiaramente desumere dalla lettera stessa del frammento, dal quale si arguisce come usasse in simili casi appellare al principe (2) appunto in mancanza di

(1) Lo apprendiamo da Giustiniano in C. 6. 31. 6. Ved. anche vol. I, p. 73 sgg.

(2) Nei *Rend. R. Istit. Lombardo*, 64 (1921), p. 183, n. 4 io ho affermato la probabilità che *principem* in D. 42. 5. 30 sia un glossema. Ne dico ora le ragioni: al tempo dei Divi Fratres i principi erano due e si sarebbe dovuto usare il plurale; gli imperatori non potevano discorrere del principe come se fosse un'altra persona, ma avrebbero scritto *a nobis*; nè si vede perchè la *restitutio i. i.* avrebbe dovuto chiedersi al principe anzichè al pretore. Queste ragioni, che io non ho prima enunciato perchè nel 1921 i romanisti le intuivano, lo SCARLATA FAZIO non le ha sentite; e non aderisce (p. 138, n. 2) alla proposta di cancellare *principem* « perchè tale espunzione turba profondamente il senso del frammento », cioè turba le fantasticherie e gli spropositi che sul senso del frammento pubblica Mariano Scarlata Fazio.

rimedi da esperirsi dinanzi al giudice privato ». Ma in realtà il frammento rigetta la pretesa del debitore alla rescissione della vendita e lo rinvia a « praeiudicio experiri »; con che gli imperatori, negando la spettanza di un rimedio ed ammettendone un altro, non dicono che quest'ultimo sia stato creato da loro. E tale silenzio porta ad escludere la novità, che, se fosse esistita, avrebbe avuto qualche rilievo nel rescritto.

Ad ogni modo, provata che fosse l'innovazione « di non lieve importanza », che cosa ne potremmo desumere per il significato di D. 42. 7. 4 e per accertare la sua interpolazione? Assolutamente nulla. È dunque un puro arbitrio dello SCARLATA FAZIO che il contenuto di D. 42. 7. 4 debba essere « riferito a quanto è detto in D. 42. 5. 30 », più precisamente a quanto l'autore catanese immagina che vi sia detto.

h) Infine domanderemo perchè il *praeiudicium* sarebbe stato ammesso da D. 42. 5. 30 nel caso della *bon. venditio* ed escluso da D. 42. 7. 4 nel caso della *distractio*.

Scrive lo SCARLATA FAZIO: « La risposta è semplice: nel caso della *distractio* non si possono verificare le ipotesi che possono dar luogo al *praeiudicium*; infatti nella *distractio* non si ha la *missio* dei creditori, che è il provvedimento che viene ad essere impugnato nei suoi presupposti mediante il *praeiudicium*; e così si spiega pure perchè gli imperatori parlano solo della *distractio bonorum ex senatus consulto*, in quanto nelle altre forme di *distractio* si aveva al pari che nella *venditio* la *missio* ».

Io obietto che la risposta è amena. Il *praeiudicium* era il mezzo col quale il debitore otteneva che fosse riconosciuta la nullità della *bon. venditio* e la nullità non è un destino singolare della *missio*. L'odierna esecuzione sul patrimonio non

conosce la *missio*, ma conosce i motivi di nullità e accorda i mezzi per farli valere.

Nella *distractio ex senatus consulto* erano possibili i medesimi vizi che nella *bon. venditio*. Come in questa poteva accadere che la *missio* fosse impetrata da chi non era creditore o aveva un credito soggetto a termine o condizione, così la nomina del curatore e la *distractio* a scapito della *clara persona* potevano essere provocate da chi non aveva il diritto di domandarle. Come nell'attuazione della *bonorum venditio* potevano commettersi irregolarità di vario genere a danno del debitore, così le stesse irregolarità o altre analoghe avrebbero potuto macchiare la *distractio ex senatus consulto*. Era dunque opportuno ed equo che la *clara persona* non fosse privata del rimedio concesso ad ogni debitore. Se i Divi Fratres non avessero consentito al senatore di « praeiudicio experiri », avrebbero dovuto almeno lasciargli aperta la via della *restitutio in integrum*, che contro la *distractio* non sarebbe stata accompagnata da tutti gli inconvenienti pratici, per cui la si volle escludere nel caso della vendita in blocco.

Ricapitoliamo. È certo che in diritto classico il debitore aveva azione dopo la *distractio ex edicto* per farsi restituire la parte residua del patrimonio o del prezzo. Molto probabilmente la regola era la stessa nella *distractio ex senatus consulto*.

Non è poi dubbio che il principio viga nel diritto giustinianeo, dove D. 42. 7. 4 o può essere interpretato restrittivamente, come noi crediamo, o dovrebbe essere messo in disparte quale relitto storico insieme col senatoconsulto di cui tratta.

Il diritto d'impugnare la validità del procedimento ha dovuto competere per ambedue i sistemi esecutivi. Nella legislazione giustinianea D. 42. 5. 30, riferendosi alla *distractio* superstite, ammette un'azione di accertamento della nullità.

17. — Nei numeri precedenti fu discorso di persone fisiche, le quali devono essere assistite e difese dal tutore e dal curatore. Per questo motivo esse godono di un trattamento particolare nel processo esecutivo. Non si può infatti dire al pupillo, come si può rispondere ad altri, che è sua la colpa di essersi astenuto da un'eredità lucrosa; lo sbaglio è stato commesso dal tutore ed è giusto, in quanto sia possibile, risparmiarne al pupillo le conseguenze. Ugualmente non si può rimproverare al furioso e a tutti coloro « qui curatorum ope iuvantur », se chi avrebbe dovuto non provvide alla loro difesa; di per sè essi non potevano assumerla.

Ora in una condizione simile si trovano anche le persone giuridiche, le quali non possono stare in giudizio se non per mezzo dei loro rappresentanti (1). Mancando un difensore, avranno le persone giuridiche subìto la vendita del loro patrimonio? Quale forma di vendita sarà stata per loro adottata? (2).

Che i beni delle corporazioni diverse dai municipii potessero vendersi, non si è mai disputato e la questione non è sollevata neanche oggi che più non si crede alla purità di D. 3. 4. 1. 2 (Gai. 3 ad ed. prov.), dove apparentemente è ordinata la vendita contro le persone (*collegium, societas, quodque alterum eorum nomine*) ricordate nel § 1.

> Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait. Et quidem non esse actorem vel syndicum tunc quoque intellegimus cum is absit aut valetudine impedietur aut inhabilis sit ad agendum.

Io non dubito che l'editto « quod... ait », riportato dal fr. 1. 2 con varie alterazioni, parlasse originariamente dei

(1) Il diritto romano non distingueva tra organi e rappresentanti. Cfr. Wenger, *Stellvertretung im Rechte der Papyri*, p. 21; Schnorr v. Carolsfeld, *Gesch. d. jurist. Person*, p. 322.

(2) Cfr. Dernburg, *Emtio*, p. 69 sgg.; Tambour, *Voies d'exécution*, I, p. 176.

municipes. Il pronome *eos* è rivelatore; il pr. e il § 1 del fr. 1 menzionano la *societas*, il *collegium*, e con nessuno di questi nomi si accorda *eos*. Gaio commentava un editto relativo ai *municipes* (1).

Non per questo riteniamo che il « venire » implichi necessariamente la vendita in blocco dei beni municipali. Si sa che l'editto pretorio adopera *venire* e derivati anche per la vendita alla spicciolata (2). La critica moderna, rivendicando ai *municipes* la clausola edittale di D. 3. 4. 1. 2, non ha eliminato il problema sulla forma della vendita ammessa contro i municipii.

Il LENEL nella prima edizione del suo *Edictum* (3) si pronunciava nel senso che i beni municipali posseduti dai creditori fossero venduti al modo solito; ma, dopo le osservazioni del NABER (4), ha mutato opinione (5). Il romanista olandese obietta non potersi, nell'interesse pubblico, permettere la *bonorum venditio* contro i *municipes*: e che l'interesse pubblico sia qui in causa, nessuno vorrà contestare (6). Ma c'è pure di mezzo l'interesse dei creditori: che conto ne faremo?

È evidente, scrive il LENEL, che i creditori di un municipio potevano in qualche forma ottenere soddisfazione sui

(1) Già HUGO KRÜGER, *Zeitschr. Sav. St.* 29, pag. 523 ebbe a sostenere che tutti i passi del titolo D. 3. 4, eccettuata l'introduzione nel fr 1, trattavano dei municipii; e solo perchè le stesse regole dovevano valere per le corporazioni, Giustiniano ha preposto al titolo la rubrica concepita in termini generali « quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur » e nei testi, in cui era possibile, ha inserito l'« alia universitas ». Cfr. ora anche SCHNORR, op. cit., p. 136 sgg. In particolare sul fr. 1. 2 ved. ALBERTARIO cit. dall'*Index interpolat.*, SCHNORR, op. cit., pp. 138, 145, n. 8.

(2) Ved. sopra pp. 21, n. 1, 45, n. 2.

(3) Pag. 82.

(4) *Mnemosyne*, 22, p. 66 sgg.

(5) Cfr. *Edictum*^{2}, p. 98 sgg., *Edictum*^{3}, p. 99 sgg.

(6) Anche se chiedesse quale portata debba essere attribuita alle parole di Gaio (9 ad ed. prov.) « civitates privatorum loco habentur » (D 50. 16. 16). Fondamentale e insuperata è ancora l'esposizione del MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 376 sgg., sulla personalità giuridica dei municipii.

beni comunali: questo punto è direttamente provato da D. 3. 4. 8 (Iavolen. 15 ex Cassio).

> Civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur, nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.

Il LENEL congettura che l'editto promettesse una *missio in singulas res civitatis* (1), accettando sostanzialmente l'idea del Naber (2), il quale reputa che, invece della *missio in bona*, i creditori ottenessero l'immissione nel possesso dei *corpora* appartenenti alla *civitas* e, solo in mancanza di questi, potessero soddisfarsi con le *actiones debitorum civitatis*. In altri termini, avverrebbe per i municipii ciò che avviene col pignoramento e la vendita delle cose corporali, « pervenietur etiam ad iura » (3).

Secondo questa dottrina si sarebbe ordinato per le *civitates* un procedimento, che è molto simile a quello disposto per il pupillo e per altre persone incapaci di stare in giudizio. L'unica differenza è che in un caso la *missio* è generale e colpisce l'intero patrimonio, nell'altro afferra i beni via via che occorrono. Ma sul punto di maggiore importanza i due sistemi concordano: per entrambi è esclusa la vendita in blocco e si vendono i singoli oggetti fino a concorrenza dei crediti.

Se non che alla tesi del LENEL manca ogni base reale nelle fonti (4). Il passo di Giavoleno può avere ed ha probabil-

(1) Cfr. anche MITTEIS, op. cit., p. 390 a n. 58; ENGELMANN, *Missio*, p. 30.

(2) Op. cit., 22, p. 66 sgg., 25, p. 293.

(3) D. 42. 1. 15. 2 (Ulp. 3 de off. cons.). Cfr. anche D. eod. 15. 8; C. 4. 15. 2 (Antonin.), 3 (Gordian.), 4 (Diocletian.); 7. 53. 5 (Gordian.).

(4) Questo dicevo già nel *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 16, p. 119. Il RADIER, *Études offertes a P. F. Girard*, 1, p. 270, mentre esprime la medesima opinione, ha torto di scrivere nella n. 7 che io evito di pronunciarmi; e anche meno felice è a p. 271, dove sembra che, pur non volendo essere

mente un altro significato. Il giureconsulto pensa all'eventualità che la *civitas* non abbia nel suo patrimonio alcuna cosa corporale, ma solo crediti. Come si effettuerà allora la *missio in bona?* Giavoleno risolve il problema allo stesso modo (1) che Paolo (3 sent.) in D. 36. 4. 10.

> Si nullae sint res hereditariae, in quas legatarii vel fideicommissarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur (2).

molto affermativo, riferisca l'*agentibus* di D. 3. 4. 8 al *bonorum emptor*. Inesatto è anche il Rotondi, *Bonorum venditio*, p. 124, n. 111. Egli crede che per i municipii sia stato introdotto un pignoramento speciale secondo le regole della *cognitio extraordinaria*, in ciò stimando, a quanto sembra, di concordare col Lenel; mentre ascrive a me l'opinione « che la *missio* fosse ammessa, forse solo *in singulas res civitatis* », ciò che è precisamente la dottrina del Lenel.

(1) Il Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 156 scorge una differenza in ciò che per Paolo, e non per Giavoleno, precederebbe la *denegatio actionum*. Tale differenza è immaginaria: le azioni sono concesse ai creditori (o al loro rappresentante), per quanto sono negate al debitore.

(2) Può darsi che il testo sia corrotto: « in rem quidem heredis » usa il singolare *rem*, dove il plurale è richiesto dal senso logico.

Ma infondate sono le affermazioni del De Robertis, *Di una pretesa innovazione di Antonino Caracalla*, negli *Annali di Bari*, 1930, p. 99 sgg. Nessuna contradizione esiste fra D. 36. 4. 10 e Paul. IV. 1. 17: il primo tratta della *missio* accordata dal pretore avanti che il legato o il fedecommesso divenga esigibile; il secondo si riferisce all'ipotesi che « fideicommissum non praestatur » e concerne quindi il rimedio introdotto da Caracalla per il mancato pagamento. Come non contradice a Paul. IV. 1. 17, così D. 36. 4. 10 sta bene nella compilazione giustinianea accanto a D. 36. 4. 5. 16.

La Lepri, *Missiones in possessionem*, pp. 30, n. 1, 124 sgg. esclude che il periodo « sed... persequuntur » sia classico. Ma i motivi di questa critica non sono buoni. Falso è che nel periodo incriminato non si pensi a raggiungere la prestazione della *cautio legatorum*, ma ad ottenere il soddisfacimento: vedon tutti che, quando non esistono beni ereditarii corporali, la coazione sull'erede perchè presti la *cautio* non si può operare se non esercitando le azioni ereditarie contro i debitori e accantonando ciò che sia stato riscosso. Arbitraria è l'affermazione che « i compilatori abb'ano attaccato al passo del giureconsulto classico le parole *sed .. persequuntur*, prese chi sa da dove, allo scopo di estendere il *pignus praetorium* anche alle *actiones* ». I crediti già nell'età classica facevano parte dei beni in cui aveva luogo la *missio*. Infelicemente la Lepri, p. 28 sgg. ha voluto ripigliare la tesi opposta del Ramanier da me confutata nel vol. I. p. 149 sgg. Non serve allegare le fonti che di *possidere* e di *possessio* parlano solo in relazione a cose corporali. Diamine, Cicerone e i giureconsulti non potevano mica dire che si possedessero le *actiones!* Ma i testi giuridici potevano dire e dicono che le *actiones* facevano parte dei beni vendibili e che esse profittano ai creditori immessi. La nomina del *curator bonorum* nel caso di *actiones perituae* non dimostra che il creditore non avesse la facoltà di surrogarsi al debitore nell'esercizio di azioni, perchè il ricorso al curatore si può spiegare diversamente (ved. vol. II, p. 27). Ad ogni modo, il punto essenziale è che il curatore sperimentava le azioni quale amministratore dei beni in cui erano stati immessi i creditori e nell'interesse di costoro; dunque oggetto della *missio* erano anche le *actiones*.

Anche il Naber (1) stima che D. 36. 4. 10 risponda perfettamente a D. 3. 4. 8; ma egli asserisce che, come i creditori della *civitas* sono immessi nel possesso dei *corporalia*, anzichè dei *bona*, così falsamente la *missio* dei legatarii sia detta *in bona*, mentre avviene nelle *res corporales* pertinenti all'eredità. L'asserzione è infondata. Troppi testi (2) parlano a proposito dei legatarii di *possessio bonorum*, perchè sia lecito vedere in questa locuzione semplicemente una formula erronea. Al contrario D. 36. 4. 5. 6 (Ulp. 52 ad ed.) sta a provare che *bonorum* è parola testuale dell'editto (3).

Fallito il tentativo del Naber, a D. 36. 4. 10 conviene dare il senso che noi abbiamo indicato più sopra. I legatarii hanno diritto di ottenere cauzione dall'erede e di costringerlo a prestarla per mezzo della *missio in bona*. Essi conservano il loro diritto anche nel caso che non esistano *res hereditariae*, in cui possa aver luogo la *missio*; tuttavia non saranno immessi nei beni proprii dell'erede, ma, per vincere la costui pervicacia, il pretore gli negherà le azioni contro i debitori ereditarii e ammetterà ad esercitarle i legatarii. La *missio in bona* prende questa forma, perchè i beni ereditati non sono *res corporales*, ma diritti di credito, e la pressione dei legatarii non potrebbe realizzarsi diversamente. Altrettanto insegna D. 3. 4. 8 per i creditori delle *civitates*.

Aggiungasi che Ulpiano (10 ad ed.) in D. 50. 16. 15 e 17 pr. spiega come debbono intendersi i *bona publica* delle

(1) Op. cit., 25, p. 302.

(2) Cfr. D. 36. 3. 1. 2 (Ulp. 79 ad ed.); 36. 4. 13 (Callistr. 3 edicti monit.); 36. 4. 14 (Labeo 2 poster.); 42. 4. 1 (Ulp. 12 ad ed.).

(3) Cfr. Lenel, *Edictum*[3], p. 370, n. 5. Ved. anche n. 3.

città; ed il LENEL (1) ne induce con ragione che questi beni dovevano essere menzionati nell'editto.

Sicchè nessun motivo autorizza ad intendere restrittivamente le parole « quod eorum commune erit possideri » di D. 3. 4. 1. 2. L'editto permetteva la *missio* in tutti i beni pubblici dei *municipes;* e con D. 3. 4. 8 è provato che i creditori la traducevano in atto a seconda della natura dei beni stessi. Neanche la *missio fideicommissi servandi causa* era risparmiata ai *municipes*.

> Municipiis fideicommissum relinqui posse dubium non est. Sed si non caveatur, adversus municipes quidem non dubitavimus ex hoc edicto iri in possessionem posse...

Per risolvere poi la questione circa la forma della vendita soccorrono varii indizi esegetici e una considerazione d'ordine generale.

Già il DERNBURG (2) manifestò e respinse il dubbio che in D. 3. 4. 1. 2 la proposizione « si admoniti non excitentur ad sui defensionem » sia compilatoria. Più sicuri, altri ritengono l'interpolazione (3). Sembra di fatti che potrebbero costituire una sufficiente ammonizione la *possessio* e la *proscriptio* dei beni (4); nè la notificazione del magistrato ai rappresentanti della città, perfettamente comprensibile nella *cognitio extra ordinem*, è in armonia con l'*ordo iudiciorum* (5).

Ad eliminare il sospetto che le parole « si admoniti non excitentur » rivelino la mano dei compilatori, il DERNBURG obiettava che per le *universitates*, come per i pupilli, potrebbe esserci stato l'uso d'invitare gli interessati ad assumerne la difesa; ma il richiamo di D. 42. 4. 5. 1 (Ulp. 59 ad ed.), lungi dal dissipare il dubbio, l'aggrava, sia perchè l'*evocatio ad praetorem* dei tutori, dei cognati, degli affini, dei liberti « si qui sunt idonei » e di quanti altri « verisimile est defensionem pupilli non omissuros » precede, logicamente, la concessione della *missio* e non quella della vendita, sia innanzi tutto perchè il passo è stato rimaneggiato (1). Col sussidio di C. 2. 12. 3 noi abbiamo potuto arguire che il commento postclassico presuppone la clausola edittale « *causa cognita* ».

(1) *Edictum*[3], pp. 99, 100.

(2) *Emtio*, p. 69, n. 2.

(3) Nel *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 16, p. 110, n. 1 io confutavo la ragione che distoglieva il Dernburg dall'ammettere l'emblema, che poi ho recisamente affermato in *Concorso*, 1, p. 574, n. 4. Cfr. anche BESELER, *Beiträge*, III, p. 7; ALBERTARIO, *Annali di Perugia*, 31, p. 40; LENEL, *Edictum*[3], p. 99.

(4) Così NABER, *Mnemosyne*, 22, p. 66, n. 1, 25, p. 293, n. 3.

(5) Contro il verbo *excitare* ved. BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 56, p. 72.

Pensiamo ora di dover esprimere la medesima congettura anche per l'editto relativo ai municipii.

Con molta finezza lo SCHNORR (2) ha avvertito che « et quidem non esse actorem vel syndicum tunc quoque intellegimus cum is absit aut valetudine impedietur aut inhabilis sit ad agendum » (3) denuncia una lacuna. Dovrebbe essere *caduta* (io rettifico *soppressa*) un'osservazione, in cui era detto quando importava che *actor non est;* e questa espressione, come prova il discorso di Gaio in tono esplicativo, era contenuta nell'editto.

Così appare verosimile un editto del tenore seguente:

> ...si actor municipum non erit, eorum bona publica (4) possideri proscribi (5) et... causa cognita veniri iubebo.

(1) Ved. i citati dall'*Index interpolat.*; e, particolarmente, ciò che ho scritto in *Studia et docum. hist. et iur.*, 3, p. 126 sgg.

(2) Op. cit., p. 145, n. 8.

(3) Le interpolazioni (o glosse?), notate dall'ALBERTARIO, loc. cit., di « vel syndicum » e di « aut inhabilis rell. » non vietano di credere che il resto sia sostanzialmente classico.

(4) A ragione Ulpiano in D. 50. 17. 15 scrive che « bona civitatis abusive publica dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt »; ma avrebbe potuto soggiungere che, parlando l'editto di *municipes*, era necessario tener distinti i loro beni privati e all'uopo nessun aggettivo si prestava tanto bene quanto *publica*; *communia* poteva riuscire equivoco, perchè il contesto non delimita e precisa l'espressione come invece accade nella lex Malacitana 60 per « pecunia communis ».

(5) Anche qui, come in altri luoghi (ved. vol. I, p. 176 sgg.), è stata cancellata la menzione della *proscriptio*.

Ma questo editto, anche nella sua struttura, ricorda l'altro « si pupillus pupilla tutorem non habebit »; e non è azzardata l'ipotesi che pure l'editto « quod adversus municipes agatur » contenesse dopo *proscribi et* la clausola *ut quod superaverit municipibus restituatur*. Con questa inserzione si spiega che, come fanno credere le parole «si admoniti non excitentur ad sui defensionem » surrogate dai compilatori, *causa cognita* precedesse *veniri* (e non *possideri*).

In D. 3. 4. 8 « agentibus satisfieri oportet » sembra designare il soddisfacimento effettivo dei creditori ottenuto mediante l'esercizio delle azioni contro i « debitores civitatis ». Il testo afferma qualcosa di più che la semplice garanzia dell'immissione in possesso e l'accenno alla soddisfazione dei creditori è espresso con termini che fanno pensare alla *bonorum distractio* (1).

---

(1) Ved. vol. I, p. 150 sgg. L'argomento, che per la vendita alla spicciolata dei *bona publica municipum* si ricava dalla frase « per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet », è affievolito, ma non distrutto dalla probabilità che il passo sia stato ritoccato. Il Mommsen ad h. l. voleva sostituire *exactiones* ad *actiones*. Il Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 116 si meraviglia che il fr. 8 dica « per actiones debitorum » e non « per actiones in debitores ».

Di una vasta interpolazione il Kniep allega motivi che sono deboli o falsi. Poichè nella Fiorentina si legge « an civitates », egli, ritenendo l'*an* genuino, ne inferisce che Giavoleno abbia proposto una questione, la cui soluzione sarebbe stata cancellata o modificata. Il giureconsulto non doveva ammettere l'esecuzione sui crediti, perchè il pignoramento « ex causa iudicati » lo incontriamo solo in un rescritto di Antonino Pio (D. 42. 1. 15 pr. e 31) e dobbiamo anzi arrivare ad Ulpiano (D. 42. 1. 15. 3) per vedere riconosciuto il pignoramento del credito da un rescritto di Caracalla.

Questo discorso si confuta, osservando: 1) che Giavoleno non trattava del *pignus ex causa iudicati captum*, e però la sua data di nascita e il suo contenuto sono indifferenti; 2) che dalla citazione del rescritto di Caracalla non risulta che questo imperatore abbia introdotto, anzichè confermato, il pignoramento dei *nomina*. Circa il tempo in cui esso fu riconosciuto ved. Fleischmann, *Das pignus in c. iudicati captum*, p. 38; Hellwig, *Verpfändung*, p. 95; Fritze, *Krit. V. J. Schr. f. Rechtswiss.*, 40, p. 513 sgg.

La Lepri, *Missiones in possessionem*, p. 30, n. 1 opina che « per actiones... oportet » non sia di Giavoleno. Ma la dimostrazione consiste in un discorso agli occhi miei oscuro. Non posso far altro che riportarlo integralmente: i lettori giudicheranno. « È... innegabile una profonda diversità tra la parte del

A priori è molto verosimile che i municipii fossero trattati nello stesso modo dei pupilli e dei furiosi.

Come sono assimilati nella rappresentanza (1), nell'*actio iudicati* (2), nella *restitutio in integrum* (3), così è naturale che lo fossero nel processo esecutivo. Se il furioso, presente o assente che sia, ha sempre bisogno di esser difeso ed è mestieri ripetere con Paolo (16 ad ed.) che « furiosus absentis loco est » (4), la medesima considerazione vale per il municipio. Quando i suoi rappresentanti non rispondono alle azioni dei creditori e lo lasciano senza difesa, la situazione è analoga a quella di cui si preoccupa D. 42. 4. 7. 9-12 per il furioso e per gli altri « qui curatorum ope iuvantur » e sembra logico che avesse un risultato uguale: la *bonorum distractio*. Questa contro i municipii s'inquadra perfettamente nel sistema classico di esecuzione contro gli incapaci.

---

frammento fino a *possideatur* e la rimanente. Mentre infatti nella prima si fa questione sulla mancanza di *defensio*, senza accennare nemmeno al genere di azione, nella seconda si parla addirittura di soddisfacimento di un diritto di credito mediante l'esercizio di azioni contro i debitori della *civitas*. Posto anche che Giavoleno parlasse di mancata *defensio* in un'*actio in personam*, come si era giunti all'accertamento? ».

(1) Cfr. D. 13. 5. 5. 7 e 9 (Ulp. 27 ad ed.); 39. 2. 17. 2 (Ulp. 53 ad ed.); 44. 2. 11. 7 (Ulp. 75 ad ed.); 49. 4. 1. 13 (Ulp. 1 de appell.); 3. 3. 74 (Ulp. 4 opinion.), al qual proposito ved. per il tutore vol. II, p. 32, n. 1.

(2) Cfr. Vat. 335; D. 3. 4. 6. 3 (Paul. 9 ad ed.), dove *universitatis* tiene il posto di *civitatis* o *municipum* (ved. *Index interpolat.* e Supplem. I); 42. 1. 4. 2 (Ulp. 58 ad ed.). Per il tutore che « non se liti optulit » ved. *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 22, p. 7 sgg.

(3) La *res publica*, come l'impubere, può domandare la *restitutio in integrum*: cfr. C. 1. 50. 1 (Gordian.); 2. 53. 4 (Diocletian.); D. 49. 1. 9 (Macer 2 de appellat.). L'editto, che restituisce l'azione contro chi ne è stato liberato « eum absens non defenderetur », si applica agli infanti, ai furiosi, alle città indifese: cfr. D. 4. 6. 22. 2 (Paul. 12 ad ed.). L'imperatore Alessandro (C. 11. 30. 3) scrive « rem publicam ut pupillam extra ordinem iuvari moris est ». Non saprei determinare il preciso riferimento di C. 11. 30. 1 (Antonin.).

(4) D. 50. 17. 124. 1, che cita Pomponio. Cfr. anche D. 47. 10. 17. 11 (Ulp. 57 ad ed.); in D. 29. 7. 2. 3 (Iulian. 37 dig.) « cum... habetur » è un glossema. Non osta D. 3. 3. 2. 1 (Paul. 8 ad ed.), perchè qui il giureconsulto trattava della possibilità di dare come procuratore un assente e la comparazione del furioso con l'assente non deve portare all'assurdo di ammettere che si dia a procuratore un furioso.

18. — I motivi, che hanno spinto ad introdurre la *distractio* per gli incapaci di difendersi da sè, furono prevalentemente economici. Non che questa considerazione fosse del tutto estranea nella *distractio ex senatus consulto* — ricordiamo le parole di D. 27. 10. 5 « ut honestius ex bonis eius *quantum potest* creditoribus solveretur » — ma il fine precipuo fu quello di evitare l'infamia alla *clara persona*. Per il pupillo e per il furioso lo scopo segnalato dalle fonti è di assicurare ad essi l'eventuale residuo: « ut quod superaverit pupillo restituatur — ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat — ut quod supersit, furioso detur ».

Con la *bonorum venditio* un residuo non si poteva ottenere per la struttura giuridica del procedimento; e nella pratica la vendita in blocco suole riuscire meno proficua che la vendita dei singoli oggetti. Di questi due risultati della *distractio*, il gettito più ampio e la possibilità di restituire l'avanzo al debitore, i testi rilevano solamente il secondo. Ma è incontestabile l'attitudine della *distractio* a dare un maggior provento in confronto della *bon. venditio* (1). Non sappiamo invece se il furioso e gli altri incapaci fossero esenti dall'infamia (2).

I vantaggi economici della *distractio* — gettito maggiore, restituzione dell'eccedente — costituiscono altrettante debolezze organiche della *venditio*; e nessuno saprebbe dire quanto abbiano influito sul suo tramonto. Legata all'*ordo iudiciorum*, la *bon. venditio* sparisce insieme (1); ma nella storia del diritto non rade volte gli istituti sopravvivono alle cause che li hanno fatti nascere ed anche la *bon. venditio* avrebbe forse potuto resistere, se non fosse stata combattuta e vinta da difetti intrinseci, che si erano rivelati fin dall'epoca classica (2).

(1) Cfr. Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss der bon. venditio zum ordo iudiciorum*, p. 20.

(2) Nel loro riguardo l'esenzione non sarebbe un privilegio, ma risponderebbe alla pura giustizia, perchè essi non hanno colpa della mancata difesa. Tuttavia la *possessio* e la *proscriptio* portavano fatalmente la conseguenza dell'infamia; e di un'eccezione per coloro « qui curatorum ope iuvantur » non abbiamo notizia.

(1) Cfr. Inst. 3. 12 pr.; e in vario senso circa il rapporto tra la *bon. venditio* e l'*ordo iudiciorum*, oltre la citata monografia dell'Ubbelohde, di cui non è accettabile la tesi fondamentale, ved. Rudorff in Puchta, *Institutionen*[10], I, p. 559, nota qq; Girard, *Manuel*[8], p. 1114, n. 1; Cuq, *Institutions*. II, p. 884; Tambour, *Voies d'exécution*, I. p. 235 sgg.

(2) Se la priorità cronologica spetti alla *distractio* senatoria o alla pretoria fu discusso nel vol. II, p. 224 sgg.

CAPITOLO XIII.

La distractio ex privato consilio

1. — D. 27. 10. 9 « potestas ipsorum (*scil.* creditorum) est utrum velint eligendi » ci ha lasciato (1) col dubbio che in qualche caso i creditori avessero facoltà di adottare il metodo della *distractio* per l'esecuzione sul patrimonio del loro debitore. Escluso che il senatoconsulto di D. 27. 10. 5 potesse attribuire ai creditori delle « clarae personae » la scelta fra la *distractio* e la *venditio bonorum*; escluso del pari che il diritto di preferire il nuovo regime competesse in ogni concorso, perchè altrimenti i creditori lo avrebbero tanto più volentieri esercitato, in quanto la *distractio* è capace di trarre il maggior utile dalla liquidazione del patrimonio, ed essa sarebbe divenuta il procedimento normale (2), favorendo l'interesse del debitore (3) non meno di quello dei creditori; resta a determinare i confini entro cui è possibile parlare di una *distractio* liberamente voluta dai creditori.

A tal uopo giova lo studio di D. 42. 7. 5 (Iulian. 47 dig.) e 17. 1. 22. 10 (Paul. 32 ad ed.).

(1) Ved. vol. II, p. 217.

(2) La tesi, che già al tempo di Ulpiano e di Paolo la *distractio* fosse divenuta il procedimento più generale, è stata affacciata dal HEFFTER, *System des Civilprocessrechts*, p. 640, n. 16; ma è sicuramente falsa.

(3) Solamente nella *distractio* poteva verificarsi un'eccedenza, mentre il *magister bonorum* non poteva esigere dall'*emptor* impegno per una somma maggiore della totalità dei crediti. Ved. vol. II, p. 115 sgg.

Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur.

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

La deliberazione dei creditori era un « privatum consilium », a cui potevano associarsi i sopravvenienti, ma che non impegnava nè gli assenti nè i dissenzienti, perchè non era omologata dal magistrato. Molte circostanze permettono di stabilire che nei luoghi citati si tratta della *distractio* (1). Il fr. 5 parla espressamente di « bona distrahere » (2); am-

(1) In questo senso è l'opinione dominante. Vedi le citazioni di ARANGIO RUIZ, *Studi Fadda*, I, p. 311, n. 1.

(2) Il fr. 22 § 10 parla di « bonorum venditio » o per lo meno di « venditio » (UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der bon. venditio zum ordo iudiciorum*, p. 20 congiunge « bonorum » con « curator »); ma ciò non deve turbarci, perchè anche nel fr. 5 *distrahere* è usato promiscuamente con *vendere* e quest'ultima locuzione adoperano anche i passi relativi alla *distractio ex edicto* (ved. sopra, p. 21, n. 1). Sicchè fa mestieri concludere che « distrahere » e derivati non erano nell'epoca classica i soli termini tecnici per indicare la vendita a lotti. L'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 5 sgg. pensa che nel linguaggio dei giuristi l'espressione « distractio » restasse limitata al caso previsto dalla disposizione legislativa del Senato; ma, volendo tener conto di D. 42. 7. 5, sarà più prudente

bedue i passi fanno vendere i beni da un curatore; questi, e non il *bonorum emptor*, paga ai creditori la *portio*, che si è ricavata dalla liquidazione del patrimonio dell'insolvente.

D'altra parte è manifesto che il curatore, di cui discorrono le nostre leggi, non è nominato dal magistrato (1). Se lo fosse, egli sarebbe l'organo della massa; mentre qui il curatore rappresenta soltanto i creditori, da cui ha ricevuto il mandato.

Tutto questo prova che tanto il fr. 5 quanto il fr. 22. 10 prevedono un'ipotesi particolare, a cui non convengono i sistemi di concorso organizzati dal diritto processuale classico. Non la *bonorum venditio*, perchè la vendita del patrimonio non avviene in blocco ad un *bonorum emptor*; non la *distractio* senatoria o pretoria, perchè in un processo esecutivo retto dal pubblico magistrato non poteva esser dubbio il diritto di ciascun creditore ad agire contro il curatore deputato alla liquidazione del patrimonio.

La chiave per intendere il testo di Giuliano è nella circostanza ivi menzionata che « creditores privato consilio coierint »; sulla quale, sebbene non espressa, deve fondarsi pure il frammento di Paolo, perchè, considerando anch'esso il curatore quale mandatario dei creditori che lo hanno voluto,

---

supporre che in quel caso l'uso della parola fosse tecnico ed esclusivo, forse perchè di essa si era servito il senatoconsulto, nel caso previsto dall'editto pretorio i commentatori parlassero di « vendere » conformemente alla terminologia dell'editto ed altrove ricorressero liberamente a tutte e due le espressioni.

(1) Non si può pensare che la nomina del magistrato confermi la scelta fatta dai creditori e che ciò sia sottinteso come cosa molto ovvia (cfr. tuttavia Ammuzzi, *Archivio giuridico*, 72, p. 501). Osserva il Degenkolb, *Magister und curator*, p. 23 [= *Beiträge*, p. 178] che un tale voto dei creditori preparatorio della costituzione del curatore sarebbe un momento di fatto irrilevante (direi piuttosto un momento superato dal decreto di nomina), mentre invece sta nel *privatum consilium* il nocciolo delle questioni decise dai due frammenti di Giuliano e di Paolo, che armonizzano perfettamente insieme e si completano a vicenda.

esclude che vi sia stata nomina da parte del magistrato (1). Dal « privato consilio coire » dipendono e con esso si giustificano tutte le decisioni accolte nei due passi. Il creditore, che sopragginuge dopo che gli altri si sono privatamente accordati di fare la *distractio*, non ha azione contro il loro delegato (2), ma potrà vendere insieme con questo i beni (3) e partecipare al dividendo. *Potrà*, non dovrà. Se il metodo adottato non lo garantisce abbastanza, potrà rivolgersi al pretore, il quale comanderà che si rispetti il sistema ordinario della *bonorum venditio* (4). Il creditore reclama il pagamento, quando la liquidazione dei beni è già compiuta? Allora egli otterrà la sua parte con l'*actio negotiorum gestorum* (5).

---

(1) Si vedano su questo punto le eccellenti considerazioni del Degenkolb, *Magister und curator*, p. 27 [= *Beiträge*, p. 181].

(2) Paolo almeno in un caso, seguendo i vecchi giuristi, dà ai creditori assenti un'*actio negot. gest.* contro il curatore; nè con ciò contraddice a Giuliano, perchè questi suppone che altri creditori si presentino prima che il curatore abbia eseguito la vendita, quando cioè non esiste ancora gestione di negozi.

(3) Il Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 284 è stupito delle parole « una cum curatore » e crede che siano state inserite nel testo più tardi. Che cosa ha da fare, egli domanda, un tale curatore con « bona debitoris vendere »? Il procedimento descritto da Giuliano precorre la regola del senatoconsulto. Ciò che tutti i creditori potevano conseguire mettendosi d'accordo, deve essere possibile anche se alcuni dissentono, nel qual caso il curatore è nominato dall'autorità.

Io confesso di non essere riuscito ad intendere questo ragionamento. Fra l'esecuzione « ex privato consilio » e quella « ex senatus consulto » non intercede alcun rapporto logico. Probabilmente l'una è più antica dell'altra, ma hanno natura diversa. Forse al Kniep ripugna che a proposito del curatore si parli di « vendere bona », poichè egli si aspetterebbe un « distrahere ». Ma tale critica, come già notammo, non è autorizzata dal linguaggio classico.

(4) In questo senso anche Kniep, *loc. cit.*

(5) Che in questo punto il testo non sia genuino è pacifico. Io ho ritenuto (nell'articolo *Sulla gestione per conto d'altri*, in *Riv. ital. per le sc. giurid.*, 66, p. 105) che originariamente dicesse « his autem qui absentes fuerunt *utilem* negotiorum gestorum actionem *dandam* esse ». Il Kreller, *Zeitschr. Sav. St.*, 59, p. 409 sgg. attribuisce a Paolo le parole « *honorariam* actionem *dandam* esse ». Da tali restituzioni possiamo ora prescindere, perchè non mutano il carattere della vendita e a noi preme discutere le opinioni dei critici solamente per i riflessi che abbiano sulla figura del curatore.

Il Beseler, *Beiträge*, IV, p. 176 sgg. scrive che il passo da « responderunt » alla fine è in larga misura spurio. Ed io ammetto il rimaneggiamento (cfr.

Trebazio, Ofilio, Labeone l'accordavano contro il curatore. Ma si obietta che il curatore può aver agito unicamente per eseguire il mandato conferitogli dai creditori presenti, di guisa che mancherebbero gli estremi perchè si possa ammettere contro di lui l'*a. neg. gest.* degli assenti (1). In tal caso a costoro sarà data un' *a. in factum* contro i creditori, che, avendo eletto il curatore, ne sono i mandanti.

Per verità nel fr. 22. 10 gli assenti avrebbero anche l'*actio negotiorum gestorum* contro i presenti, purchè questi, incaricando il curatore di compiere la vendita, abbiano voluto insieme coi proprii gerire gli affari degli assenti. Ma l'interpolazione di « nisi forte... id mandaverint » mi pare sicura. Bene avverte il PARTSCH (2) essere impossibile un' *a. negotiorum gestorum* degli assenti contro i presenti, perchè questi fanno il loro interesse e come gestori degli assenti agiscono tanto poco quanto il condomino che, non potendo separatamente provvedere alla sua parte, spende per la cosa comune. E proprio nel tema nostro Ulp. 72 ad ed. (D. 42. 5. 9. 4) e Paul. 59 ad ed. (D. 42. 5. 14. 1) dichiarano che il creditore immesso nel possesso agisce ed è convenuto con un'*actio in factum* espressamente accordata dall'editto, perchè l'*a. negotiorum gestorum* è inammissibile « quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur » (3). Le mende formali, che rincalzano il sospetto dell'emblema (« nisi forte », « soli » in luogo dell'accusativo), sono state altresì scorte dal PARTSCH.

anche KRELLER, p. 410 sgg.), ma cerco di dimostrare quali decisioni siano conformi ai principii classici.

(1) Come risulta da D. 3. 5. 5. 6, nel caso che il mandatario avesse da me ricevuto l'incarico di gerire un negozio « quod mihi tecum erat commune », Labeone opinava « si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum < *utili iudicio* > eum tibi teneri ». (Il KRELLER, op. cit., p. 413 restituisce *honoraria actione*). È proprio il caso del fr. 22. 10: se il curatore ignora l'esistenza di altri creditori, non gerisce il loro negozio, ma soltanto « praesentium mandatum exsecutus id egit ».

(2) *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, p. 40 sgg.

(3) Ved. vol. I, p. 199, n. 2.

Col quale non posso invece consentire che siano tribonianee le parole « his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt ». Non mi persuade il motivo stilistico, che « praesentes fuerunt » in luogo di « adfuerunt » sia sospetto (1); *praesentes* si contrappone ad *absentes* ed il giureconsulto sentiva troppo la necessità di dar rilievo alla circostanza fondamentale della presenza o dell'assenza per contentarsi di indicarla con due semplici preposizioni (*ad-esse*, *ab-esse*). Ma la ragione, che mi fa respingere l'interpolazione affermata dal PARTSCH, tiene alla sostanza del passo: poichè io reputo che il *curator bonorum* sia stato incaricato direttamente dai creditori della vendita di tutti i beni, mentre il PARTSCH suppone che egli abbia venduto una singola cosa giusta i limitati poteri attribuitigli da D. 26. 7. 48 (2).

Il compianto romanista pensava dunque al vero *curator bonorum*, al quale « sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur ». Se non che, rispetto a tale curatore, che è nominato dal magistrato, la posizione di tutti i creditori dovrebbe essere identica, siano stati presenti o assenti dall'adunanza in cui fu deliberata la proposta del curatore. Il *curator bonorum* esegue sempre l'incarico avuto dal pretore e, contrariamente all'ipotesi prevista nel fr. 22. 10, mai « praesentium mandatum exsecutus id egit ». Quindi l'azione spettante ai creditori sarà per tutti la stessa. Se il curatore fosse stato scelto, come poteva avvenire (D. 42. 7. 2. 4), fuori del ceto dei creditori, nulla si opporrebbe a che fosse convenuto con un'*a. negotiorum gestorum utilis*, alla stessa guisa degli altri curatori che avevano affidata dal pretore un'amministrazione. Se fosse stato un creditore, sorgerebbe forse la difficoltà che « hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur ». Ma dovette an-

(1) Op. cit., p. 17, n. 3.

(2) Ved. vol. II, p. 22 sgg.

che questa essere superata con un'acconcia formulazione dell'*a. negotiorum gestorum* (1). E però non è da approvare la ricostruzione del PARTSCH « si curator bonorum venditionem fecerit... *absentibus* negotiorum gestorum actionem esse ».

Tutte le decisioni del fr. 22. 10 si giustificano e si accordano con la dottrina classica della *negotiorum gestio*, riferendole al curatore eletto « privato consilio ». Questi è veramente il mandatario dei suoi elettori ed a loro risponde sempre con l'*a. mandati*. Secondo il PARTSCH (2), il giurista classico non ha detto che ai « praesentes » compete sempre l' *a. mandati*, perchè in seguito suppone che il mandato debba essere conferito specificatamente e dunque ammette soltanto che *possa* esistere (3). Ma la frase « si praesentium mandatum exsecutus id egit » non ha il significato che le si vuole attribuire. Allorchè il curatore è costituito dal magistrato, egli non è un mandatario dei creditori; se, per opposto, accetta di vendere i beni dietro incarico di alcuni creditori e senza intervento dell'autorità competente, non è possibile negare la figura del mandato. Vero è che obiettivamente i negozi geriti appartengono ai mandanti ed agli assenti; donde la difficoltà risoluta dai vecchi giuristi nel senso di dare agli assenti una speciale (4) *actio negotiorum gestorum* contro il curatore, purchè abbia saputo di gerire anche i loro negozi, e cioè non abbia ignorato la loro esistenza. Che se

(1) È sull'*actio negotiorum gestorum* che si deve credere foggiata l'*a. in factum* spettante contro il curatore non altrimenti che contro il creditore. Cfr. D. 42. 5. 14. 1 (Paul. 59 ad ed.): « Datur in creditorem actio, qui in possessionem missus est, de eo quod ex bonis debitoris ad eum pervenit... datur autem in factum actio adversus eum, et omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore ». E per l'identità dell'azione data contro il curatore vedi l'argomento di Ulpiano in D. 42. 7. 2. 5, che esamina la responsabilità di più curatori: « spectandum enim, quid redactum est, non quid ad curatorem unum pervenerit ».

(2) Op. cit., p. 17, n. 3.

(3) A queste osservazioni aderisce il KRELLER, op. cit., p. 409, n. 5.

(4) Secondo me l'*actio utilis*. Ma per il nostro ragionamento è indifferente che l'*a. negot. gest.* si configuri in un altro modo.

tale esistenza non fosse conosciuta dal curatore, egli eseguirebbe unicamente il mandato dei creditori presenti, cioè si verificherebbe l'ipotesi indicata dalle parole « si praesentium mandatum exsecutus id egit ».

Il DEGENKOLB (1) ha affacciato il dubbio che l' *actio in factum* degli assenti contro i mandanti sia interpolata. Ma la supposizione che i classici non l'abbiano conosciuta, benchè piaccia pure al Partsch (2), non mi sembra dimostrata (3), la forma del testo essendo incensurabile. Se riteniamo che i creditori, i quali hanno conferito il mandato al curatore, si trovassero nel possesso dei beni, l'*a. in factum* sarebbe quella promessa da D. 42. 5. 9 pr.: « si quis, cum in possessione bonorum esset.... sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum (4) dabo » (5). In ogni caso non mi par dubbio che l'azione servisse ad ottenere la *portio* ed, occorrendo, anche l'indennizzo per i danni derivati agli assenti da ciò che il sistema di vendita scelto non è quello fissato dal pretore (6).

Giuliano e Paolo si occupano degli assenti: perchè non prevedono il caso che tra i presenti vi sia una minoranza di

(1) *Magister und Curator*, p. 30 [= *Beiträge*, p. 183].

(2) Op. cit., p. 40. Conforme DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, p. 149 sgg. Il KRELLER, op. cit., p. 411 restituisce « formula in factum concepta absentibus danda est », perchè, a suo parere, il giurista classico avrebbe accordato l'*actio honoraria negotiorum gestorum*.

(3) La classicità dell'*actio in factum* è difesa dal RICCOBONO, *Dal dir. rom. classico al dir. moderno* (negli *Annali* di Palermo, 3-4), p. 639 sgg.; ma egli nel « testo adamantino » comprende pure la frase « quod si, cum soli... id mandaverint », e qui ha torto. Dicasi altrettanto del BOSSOWSKI, *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 37, p. 199 sgg., che ritiene genuine le parole « quod si, cum soli creditores se esse existimarent », mentre accoglie le altre interpolazioni sospettate dal Partsch.

(4) Ved. vol. I, p. 198, n. 3.

(5) La scelta di un procedimento diverso da quello edittale dovrebbe raffigurarsi in confronto degli altri creditori come un « dolus malus ». Escluso ciò, l'*a. in factum* non potrebbe essere che una particolare *actio negotiorum gestorum*. Ved. p. 74, n. 1.

(6) Nessuna ragione vi è di restituire col BOSSOWSKI, loc. cit., « quod si... existimarent, *pecunia eis a curatore soluta est*... ».

dissenzienti? Rispondiamo: perchè l'intesa di ricorrere alla *distractio*, per essere attuata, presuppone, in pratica, l' unanimità. I creditori, che sono presenti e non aderiscono al « privatum consilium », ne impediranno la realizzazione. Solo i creditori, che più tardi insinuano il loro credito, possono arrivare a cose fatte o, anche se giungono a tempo, non è detto che disapprovino l'iniziativa presa dagli altri e si oppongano alla sua esecuzione. Ma chi nell'assemblea dei creditori è stato contrario e non ha receduto dall'opposizione, non si rassegnerà alla sconfitta e reclamerà al magistrato, il quale dovrà esigere l'osservanza delle norme processuali sancite dall'editto.

2. — Il commento, che abbiamo esposto nel numero precedente, a noi sembra abbastanza piano. Ma nessun romanista vi si è adagiato ed i due passi sono stati tormentati in mille guise.

Voga immeritata ha avuto l'opinione che l'uno o l'altro frammento od entrambi trattassero originariamente del *magister* (1). L'interpolazione, se esistesse nel fr. 5 D. 42. 7,

(1) Il Wissenbach, *Emblemata Triboniani*, p. 138 li reputava ambedue interpolati. Ma in generale viene attaccato o l'uno o l'altro, e con maggiore preferenza, specialmente dagli scrittori più recenti, il fr. 22 § 10, sebbene il contenuto dei due passi li avvinca, a mio giudizio, in una medesima sorte. Credettero sostituito « curator » a « magister » nel fr. 5 D. 42. 7 non Cuiacio, che *In. lib. IX quaest. Papin.* ad l. 8 depositi (*Opera*, IV, 209 B) si limita a desumere dal fr. 5 un « distrahere bona per procuratorem seu magistrum », ma Heimbach, in Weiske, *Rechtslexicon*, 11, pp. 275, n. 2, 278, n. 41; Stieber, *De bon. emtione*, pp. 11 nota *o*, 63 nota *b*, 65 nota *m*; Huschke, *Nexum*, p. 159, n. 232; Rudorff, *Vormundschaft*, I, p. 161, n. 30, *Edictum*, § 217, n. 9; Ubbelohde, *Archiv f. civ. Pr.*, 61, p. 5, n. 6 (ma vedi più tardi *Verhältniss* cit., p. 20). Di questo avviso fu anche il Lenel, *Edictum*[1], § 217, n. 4; ma ne recedette in *Zeitschr. Sav. St.*, 8, p. 202, n. 2 e nella *Palingenesia*, I, 144, dove pone il fr. 5 (Iulian. 647) sotto la rubrica « de curatore bonis dando »; ed ora in *Edictum*[3], p. 434, n. 8 si domanda se vi fossero anche dei curatori eletti dai creditori oltre a quelli nominati dal pretore. Coerentemente il Lenel, *Zeitschr. Sav. St.*, 34, p. 381, n. 1 ritiene genuino anche il « curator » di D. 17. 1. 22. 10. Ma ciò è negato da una folla di autori: cfr. Huschke, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, 9, pp. 335, n. 15, 361, n. 58; Voigt, *Röm. Rechtsgesch.*, I, pp. 683, n. 22, 695, *Ueber die Geschichte des röm. Executionsrechtes* (in « Berichte der k. sächs. Gesellschaft der Wiss. », 1882), p. 103, n. 42; Accarias *Précis*, I, p. 1320, n. 1; Degenkolb, *op. cit.*, p. 33 sgg. [= *Beiträge*, p. 185 sgg.] (dubitativamente); Kübler, *Vocabularium iur. rom.*, voce « curator », p. 1142; Ferrini, *Bull. dell'Ist. di D. Rom.*, 7, p. 98 sgg. [= *Opere*, III, p. 217]; Arangio Ruiz, *Studi Fadda*, I, p. 316, n. 2; Rotondi, *Bon. venditio*, p. 127 sgg.; Peters, *Die oströmisch. Digestenkommentare* (in « Berichte d. k. sächs. Ges. d. Wiss. », 1913), I, p. 96. Il Cuq, *Manuel*[2], p. 489, n. 7 crede che l'originale dicesse « magister bonorum curatorve eius ».

La genuinità di « curator » in D. 17. 1. 22. 10 è difesa dal Partsch, *op. cit.*, p. 17, n. 2.

Contro l'interpolazione di D. 42. 7. 5 si pronunciarono Bynkershoek, *Operae*, I, 230 (*Observ.*, 7. 14); Ferrini, *Filangieri*, 12, p. 30, n. 1 [= *Opere*, III, p. 319, n. 1]; Armuzzi, *Archivio giur.*, 72, p. 489; Ramadier, *Missio*, p. 151.

(1) Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.*, I, p. 315 sgg.

(2) Manca la « consecutio temporum » fra *distrahantur* e *solveretur*; ed anche *praestarentur* soffre dello stesso vizio. Il Rechnitz, *Studien zu Salvius Iulianus*, p. 38, che ha notato i due difetti, consiglia di leggere *praestentur* e di inserire *cum* fra *et* e *portio*. Io ammetterei la prima correzione; e per *distrahantur* sarei incerto fra pensare che sia stato scritto erroneamente dal librario in luogo di *distraherentur* o supporre che i compilatori l'abbiano sostituito a *venirent*. Quest'ultima ipotesi da parte nostra non deve meravigliare. D. 17. 1. 22. 10 parla di *venditio*, benchè il prezzo sia pagato al curatore e per ciò l'acquirente non sia il *bonorum emptor*; noi più volte abbiamo osservato che per la *distractio* (non senatoria) i classici adoperavano lo stesso linguaggio che per la *bon. venditio*.

(3) Ved. vol. II, p. 72, n. 1.

(4) *Praetoris iussu* si oppone a *privato consilio*.

non potrebbe limitarsi alla sostituzione di *curator*, poichè il passo attualmente ragiona, e in modo chiarissimo, della *bonorum distractio*; ma un emblema così vasto (1) avrebbe lasciato tracce nella forma e nello stile del passo molto più cospicue delle poche mende rilevate (2). Di più esso detta una regola che non è intelligibile senza il « privato consilio ». Invece il *magister* è eletto con l'autorizzazione del pretore. Generalmente (3) si riferisce il « iubet » di Gai. III. 79 al decreto che il pretore emana nel singolo caso, anzichè al precetto edittale che dà la norma per tutti. Ma, qualunque interpretazione si accolga, certo è che l'elezione del *magister*, avvenuta in base all'editto che la prescrive, non si può considerare come il risultato di un « privatum consilium » (4);

ed il *magister* eletto non agisce soltanto per coloro che gli hanno dato il voto, ma per tutti gli elettori. *Creari* dice Gaio del *magister*, come si suol dire dei magistrati elettivi. E come l'atto del magistrato interessa in bene e in male tutta la cittadinanza, così l'atto del *magister*, cioè l'esecuzione della *bon. venditio*, profitta e nuoce a tutti i creditori e verso tutti egli deve essere ugualmente responsabile (1). Forse che quelli di loro, che fossero rimasti sino alla fine assenti dal procedimento, non agiscono, al pari degli altri, contro il *bonorum emptor*? (2). La *bon. venditio* si ripercuote anche su persone estranee al concorso, per es. sui debitori del *fraudator* costretti a pagare al *bon. emptor*. Ed è inverosimile che un negozio, il quale genera effetti pure per chi non è creditore e non partecipa al concorso, sia privo di efficacia per tutta la massa dei creditori.

Evidentemente gli effetti della *bon. venditio*, che si suole rappresentare come la successione universale di diritto pretorio (3), superano la cerchia della convenzione privata, mentre si racchiudono in essa le conseguenze giuridiche previste da D. 42. 7. 5 e 17. 1. 22. 10. La *bon. venditio* e l'attività del *magister* (4) si esplicano « ex magistratuum auctoritate » (5), non « privato consilio ».

3. — Però il tentativo del DEGENKOLB (6) di riabilitare la tesi dell'interpolazione non poteva riuscire. Ed è anzi un circolo vizioso.

(1) Contro HEIMBACH, in WEISKE, *Rechtslexicon*, II, p. 347, n. 44.

(2) Ved. vol. II, p. 93 sgg.

(3) Cfr. Gai. II, 98; III, 77-81; IV, 111; Inst. III, 12 pr.

(4) Quando il creditore era unico, noi ammettiamo (ved. vol. II, p. 71, n. 6) che egli compisse personalmente la *bon. venditio*; ma deve ritenersi che fosse investito di tale potere dal *iussum* del magistrato.

(5) Cfr. D. 27. 9. 3. 1 (Ulp. 35 ad ed.) « ...hae... alienationes locum habent, quia... id fit... ex magistratuum auctoritate ». Il giurista classico lo scriveva molto probabilmente (ved. vol. I, p. 234) per il *pignus in causa iudicati captum*, ma il concetto sta ugualmente per la *bon. venditio*.

(6) *Magister und curator*, p. 31 sgg. [= *Beiträge*, p. 184 sgg.].

Il *magister* è eletto dai creditori; se non che l'analogia del fr. 5. D. 42. 7 (1) induce a ritenere che esso non sia l'eletto di un'assemblea la quale decida a maggioranza, ma della somma dei singoli creditori. L'elezione non riguarda nè gli assenti nè coloro che rimasero in minoranza. Ciò che secondo il Degenkolb non si spiega per il *curator*, si comprenderebbe ottimamente per il *magister*: tanto la cooperazione attestata in fine del fr. 5 coi ritardatarii, quanto l'esclusivo rapporto obbligatorio con singoli determinati creditori, di cui è parola nel fr. 22 § 10 D. 17. 1.

Queste sono affermazioni non provate e nemmeno verosimili. Lasciamo pure da parte la questione della responsabilità del *magister* verso i creditori. Poichè il pagamento è fatto dal *bon. emptor*, essi normalmente non hanno ragione di agire contro il *magister*. Il DEGENKOLB (2) ricorda che prima della *bon. venditio* in senso specifico potevano essere necessarie delle alienazioni parziali e afferma non doversi pensare che il prezzo ritratto dalle medesime spettasse al *bon. emptor*. Noi incliniamo per la tesi opposta (3) e, comunque, le alienazioni di singole cose, che occorressero prima della *bon. venditio*, erano compiute ordinariamente dal curatore (4).

Contentiamoci di saggiare l'avviso del Degenkolb intorno alla cooperazione, che il *magister* sarebbe costretto ad accettare, dei creditori ritardatarii. Dovrà egli formare insieme con costoro la *lex bonorum vendendorum* ? Se non soccorra-

(1) Così il DEGENKOLB, *Magister und Curator*, p. 32, n. 1 [= *Beiträge*, p. 184, n. 1].

(2) *Magister cit.*, p. 34 [= *Beiträge*, p. 186].

(3) Ved. nel vol. II, p. 39 sgg. l'esegesi di D. 42. 5. 9. 3 contro l'idea che si moltiplicassero gli atti di restituzione, dal curatore o dai creditori al *magister* e da questo al *bon. emptor*.

(4) Io non intendo negare al *magister* il potere di eseguire vendite frazionarie (ved. vol. II, p. 82 sgg.); ma il caso, che tali vendite si rendessero necessarie nel tempo intermedio fra l'elezione del *magister* e l'*addictio* al *bon. emptor*, dovette essere molto raro e i testi non vi possono essere riferiti senza che nessun indizio appoggi la conclusione straordinaria.

no i criteri di preferenza indicati da Gaio (D. 42. 5. 16) ed Ulpiano (D. 1. 9. 1) (1), il *magister* dovrà fare l'*addictio* (2) d'accordo coi creditori che non gli hanno dato il voto o che sono comparsi più tardi? (3). E chi risolverà i probabili conflitti? Il pretore? Ma allora che cosa resta del « privato consilio » ? Nessuna differenza passerebbe più tra il nostro caso e quello ordinario, in cui la vendita si compiva con l'autorizzazione e sotto la vigilanza del pretore.

È assurdo pensare che l'istituto della *bon. venditio* sia stato regolato dall'editto pretorio in modo tanto imperfetto e gravoso (4) ed è contraddittorio ammettere che il procedimento classico, i cui tratti genuini sono ancora rilevabili nelle fonti superstiti, avesse il valore di un «privatum consilium». Ma, se così fosse, quale motivo avrebbe avuto il giureconsulto nel fr. 5 D. 42. 7 di notare che i creditori « privato consilio coierint »? (5). Giacchè questa circostanza è messa in evidenza, bisogna escludere che sia un carattere ordinario e comune; il caso è proprio singolare.

4. — Chi voglia giustificare col *magister* le decisioni di Giuliano e di Paolo, deve raffigurarsi il *magister* in un modo che è a priori inverosimile e che non si rispecchia affatto nel-

(1) Ved. vol. II, p. 109 sgg.

(2) Più precisamente dovrà ordinare al *praeco* di pronunciarla. Ved. vol. II, p. 107.

(3) Saremmo ben lungi dalla posizione che Cicero, *Pro Quinctio*, XV, 50 assegna al *magister* (« ...cui magistri fiunt et *domini* constituuntur, qui, qua lege et qua condicione pereat, pronuntient »), la quale, tolta la frangia retorica, è da reputarsi esatta.

(4) Il Degenkolb, *Magister cit.*, p. 39 sgg. [= *Beiträge*, p. 190 sgg.], afferma che il concorso romano non è partito dal pensiero della soddisfazione forzosa collettiva, ma dall'esecuzione patrimoniale universale mediante il singolo creditore che la promuove; con che si spiegherebbe la sua difettosa organizzazione. A me pare che l'idea della soddisfazione collettiva sia scolpita chiaramente nell'efficacia attribuita alla domanda di un creditore, che è operativa per tutti. Cfr. vol. I, p. 134 sgg.

(5) Che « privato consilio » sia stato aggiunto dai compilatori è del tutto inverosimile. Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.*, I, p. 317.

la notizia dataci da Gaio (III. 79) della sua creazione (1) e nella determinazione del concetto e nell'etimologia del nome quale leggiamo in D. 50. 16. 57 pr. (2). Invece niente fa ostacolo ad un'elezione del *curator* nelle forme e con gli effetti che abbiamo veduti.

Si potrebbe osservare che la persona scelta privatamente dai creditori è un mandatario puro e semplice e non già un « curator bonorum ». Ma *curator* è usato per designare chiunque attenda ad una cerchia d'affari (3). E del resto D. 26. 7. 46. 1 riferisce un caso in cui i *curatores* per l'amministrazione dei beni non sono nominati dal preside che ha concesso la *missio in bona*, ma dalla « res publica » creditrice; e Paolo li chiama senz'altro « curatores bonorum » (4). Vero è altresì che i beni non sono stati venduti e più tardi saranno restituiti al pupillo, che ha ottenuto dall'imperatore la rescissione dell'astensione dall'eredità. Ma, se questa circostanza non si fosse verificata, forse che il municipio avrebbe fatto eseguire la *distractio* dai curatori, benchè siano stati scelti dai suoi magistrati e non dal preside? Ammettere ciò significherebbe riconoscere al creditore il potere di compie-

(1) Per l'« addictio libertatium conservandarum causa » D. 40. 5. 4. 9 (Ulp. 60 ad ed.) dice « Creditoribus caveri quemadmodum debet, utrum singulis an vero omnium nomine uni ab ipsis creato? Et oportet officio iudicis constitui convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine ». Anche l'elezione dell'incaricato di ricevere la promessa « de solido, quod cuique debetur, solvendo » avviene sotto la direzione del magistrato: l'interpolazione di *iudicis* non dovrebbe esser dubbia.

(2) Ved. vol. II, p. 81.

(3) Cfr. Degenkolb, *Magister cit.*, p. 37 [= *Beiträge*, p. 188]; Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 322, n. 2; e specialmente Partsch, *op. cit.*, p. 74, n. 1.

(4) Ogni creditore può farsi rappresentare nel possesso dei beni. Cfr. D. 42. 5. 9. 6 (Ulp. 62 ad ed.) « in possessionem fuit vel ipse vel iussu eius alius ».

Responsabile verso gli altri creditori, come verso il debitore, è naturalmente l'immesso nel possesso. Ciò spiega la decisione di Paolo nel fr. 46 § 1. Il pupillo potrà farsi accordare (come utile — perciò *decerni*) l'*actio negotiorum gestorum* contro i « curatores », ma, se qualcuno di essi è insolvibile, bisognerà che per la sua porzione si rivolga contro i magistrati municipali.

re esso la *distractio*, poichè non ci risulta che in questa materia il municipio si governasse con norme particolari.

Il DEGENKOLB (1) ha sostenuto la tesi, che sembra paradossale, per cui i creditori singoli avrebbero avuto il diritto di compiere la *bon. venditio*, tanto più funesta pel debitore, e non quello di eseguire la *distractio*. La vendita al dettaglio, per realizzare il patrimonio, è vietata al singolo creditore, perchè i beni della « clara persona », rimanendo suoi, devono essere impiegati da un liquidatore nella soddisfazione dei creditori, ma non possono essere alienati dai creditori nemmeno per capi. In ciò sta nel medesimo tempo l'intimo nesso tra l'alienazione esecutiva e l'amministrativa, che è proprio del procedimento della *distractio*: qui la realizzazione si esegue come un atto di amministrazione, mentre nella *bon. venditio* la realizzazione mette fine all'amministrazione.

Ciò che v'ha di giusto nel ragionamento del Degenkolb fu da noi riconosciuto (2). Sui beni della « clara persona » non ha luogo l'immissione dei creditori ed è perfettamente ozioso discutere se essi possano compiere la *distractio*. Il possesso è negato ai creditori, perchè si vuole risparmiare l'infamia al debitore. E la differenza fra le due specie di concorso non sta nella persona che compie l'alienazione. Il DEGENKOLB meritamente esalta il fatto che nella *distractio ex senatus consulto* il debitore non è separato dal suo patrimonio, ossia non viene surrogato con un altro titolare, ma il patrimonio, che è sempre suo, è messo in liquidazione per pagare i creditori. Solo quando dice che la *distractio*, al contrario della *venditio*, non è un'alienazione eseguita dai creditori e pretende derivarne un'antitesi essenziale fra *curator* e *magister*, mi sembra che sia fuori di strada. Il *curator*, come il *magister*, è di solito un creditore; e, se la nomina del primo

(1) *Magister* cit., pp. 12, 14 segg., 35 [*Beiträge*, pp. 169, 171 sgg., 187].
(2) Ved. vol. II, p. 200 sgg.

doveva essere decretata dal pretore (1), mentre il secondo è eletto dai creditori, s'ha pure da ricordare che l' assemblea per l'elezione del *magister* è convocata dal magistrato, il quale così partecipa alla sua creazione.

Per altro queste considerazioni riguardano i casi in cui la *distractio* è obbligatoria. Le differenze nel modo di nominare il *magister* ed il *curator* non sono essenziali; e si giustifica la più forte ingerenza del magistrato nella costituzione del curatore (2). Tale ingerenza è assolutamente negata dal *privatum consilium* e ciò dimostra che col fr. 5 D. 42. 7 versiamo in un'altra ipotesi. Ivi i creditori presenti avrebbero diritto di chiedere la *bon. venditio*, ma preferiscono la *distractio*.

5. — Quale sia la condizione degli altri creditori, dissenzienti o ritardatari, fu già veduto. Ora è tempo di pensare al debitore.

Che questi non abbia interesse ad opporsi al desiderio dei creditori è certissimo. La *distractio* gli giova, se dei beni o del loro prezzo si potesse ottenere un residuo ed egli avesse il diritto di ripeterlo (3), non gli nuoce in nessun caso. Soltanto è da cercare se i creditori, i quali « privato consilio » fanno eseguire la *distractio* da un loro mandatario, siano stati immessi nel possesso dal magistrato o se la *missio* sia superflua, per lo meno quando vi sia stata la *bonorum cessio*.

Non è a questa che di per sè alludono le parole « foro cesserit ». Come in D. 16. 3. 7. 2 (Ulp. 30 ad ed.) e in SENECA, *de benefic.*, 4. 39. 2, esse possono significare sempli-

(1) Sulle norme che disciplinavano la costituzione del curatore nella *distractio ex senatus consulto* ved. vol. II, p. 217 sgg.
(2) Cfr. vol. II, p. 73 sgg.
(3) Di ciò io non dubiterei, perchè la denegazione delle azioni « ex ante gesto » è una conseguenza della *bon. venditio* e, rinunciando a questa, i creditori tolgono con la causa anche l'effetto.

cemente l'insolvenza del debitore (1). Io mi fermo sull'ipotesi che sia avvenuta la *cessio bonorum*, perchè secondo i Bas. 21. 3. 10 i beni ceduti si sarebbero κατὰ τὸ παλαιὸν σχῆμα venduti senza l'intervento del magistrato (ἄνευ δικαστοῦ) (2). Quale valore dobbiamo dare a questa notizia, che si attinge dal medesimo testo dei Basilici, in cui trovasi la ignota « cessio ex lege Hadriani » ? Se ci fosse stata un'epoca in cui i creditori disponevano a loro talento dei beni ceduti dal debitore, D. 42. 7. 5 e 17. 1. 22. 10 descriverebbero gli effetti di un tale stato del diritto. Ma nessun indizio appoggia quest' ipotesi; e la disciplina dell'editto giulianeo, che possiamo stimare risalente nel tempo, è provata da Gai. III. 79 « bona veneunt... eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt » (3). Io piuttosto penserei che il παλαιὸν σχῆμα rievochi il procedimento dei diritti greco-orientali, per cui i creditori pignoravano i beni dei loro debitori senza autorizzazione del magistrato (4).

Plausibile è pertanto l'avviso del DEGENKOLB (5), il quale opina che non sia necessario figurarsi nel fr. 5 D. 42. 7

(1) CUIACIO, *In lib. 9 quaest. Papin.* ad l. 8 depositi (*Opera*, IV, 209), *In lib. 48 digest. Salvii Iuliani* ad l. ult. de cur. bon. dando (*Opera*, VI, 328), riferisce tutti questi passi al fallimento dell'*argentarius*. Ma tale limitazione ci sembra arbitraria: cfr. anche IUVENALIA, XL. 50.

(2) ... νόει δὲ τὸ πραθῆναι τὰ πράγματα τῶν ἐκστασίμων μὴ κατὰ τὸ παλαιὸν σχῆμα τῶν διαπράσεων, ἀλλ'ὅτι οἱ δανεισταί, αἰτήσαντες ἐν νομῇ γενέσθαι τῶν πραγμάτων τοῦ ποιήσαντος τὴν ἔκστασιν, δανειστῶν δικαίῳ ταῦτα πεπράκασιν.

E lo scolio 3 annota κατὰ τὸ παλαιὸν σχῆμα] τὸ ἄνευ δικαστοῦ.

(3) Ved. vol. I, p. 48 sgg.

(4) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Zeitschr. Sav, St.* 10, p. 362 sgg. Dubita SEGRÈ A. *Aegyptus*, 8, p. 321.

(5) *Magister* cit., p. 42 [= *Beiträge*, p. 192]. Cfr. invece HEFFTER, *System des Civilprocessrechts*, p. 640 sgg.

Dei beni ceduti Diocleziano (C. 7. 71. 4 — cfr. in generale l'altra costituzione dioclezianea di C. 7. 72. 6) vieta la divisione fra i creditori, ma non si pronuncia sul modo della vendita: « sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est ». E neanche quel divieto avrebbe ragione di essere mantenuto dopo ciò che dicono le

avvenuta la *cessio bonorum*. I creditori potrebbero essere stati immessi nel possesso, come il municipio del fr. 46. 1 D. 26. 7, ed aver poi reputato conveniente di addivenire ad una liquidazione amichevole dei beni del debitore.

La *missio in bona* per decreto del magistrato con facoltà di vendere è indispensabile. Altrimenti si verificherebbero le conseguenze enunciate dai testi che riportiamo.

D. 42. 1. 6. 2 (Ulp. 66 ad ed.). — Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur.

D. 48. 7. 8 (Modestin. 2 de poenis). — Si creditor sine auctoritate *iudicis* res debitoris occupet, hac lege (*scil.* Iulia de vi privata) tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit (1).

Paul. II. 14. 5. — Si quis pignora debitoris citra auctoritatem *iudicantis* abduxerit, violentiae crimen admittit (2).

Paul. V. 26. 4. — Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Iuliam de vi privata committit... (3).

A reprimere il crimine di ragion fattasi aveva provveduto il *decretum divi Marci* (4), comminando la perdita del credito o, per meglio dire, la *denegatio actionis* (5).

(1) Il passo è noto alla critica. Cfr. NIEDERMEYER, *Studi Bonfante*, II. p. 409, n. 102, *Studi Riccobono*, I, p. 207, n. 25; FLORE, *Studi Bonfante*, IV, p. 341, n. 15; BRASIELLO, *La repressione penale in dir. rom.*, pp. 92, 512.

(2) Cfr. BESELER, *Beiträge*, II, p. 33; NIEDERMEYER, *Studi Bonfante*, II, p. 409, *Studi Riccobono*, I, pp. 206, 212; FLORE, *Studi Bonfante*, IV, pp. 339, n. 11, 345, n. 30. *Citra auctoritatem iudicantis* formalmente non è classico, ma sostanzialmente è esatto.

(3) Cfr. FLORE, op. cit., pp. 339 sgg., 345, n. 30; NIEDERMEYER, *Studi Riccobono*, I, pp. 206, 212.

(4) Cfr. D. 4. 2. 13 (Callistr. 5 de cognit.) su cui *Index interpolat.* e Supplem. I.; NIEDERMEYER, *Studi Riccobono*, I, pp. 206, n. 21, 207, n. 23 — e D. 48. 7. 7 (Id.).

(5) Cfr. SOLAZZI, *Studi Riccobono*, I, p. 94 sgg.

Ricordiamo anche le due costituzioni di Probo e Diocleziano in C. 2. 16 « ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa imprimere rebus, quas alius tenet ».

Storicamente più interessanti sono altre costituzioni di Diocleziano: C. 4. 24. 11 (a. 294) « ... nec creditor citra conventionem vel praesidalem iussionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest » (1); C. 5. 18. 9 (a. 294) « ... ingrediendi enim in possessionem... sine auctoritate *competentis iudicis* nullam habes facultatem »; C. 7. 32. 9 (a. 294) « ... ac multo minus is, qui adseveratione falsa velut emptor, cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum inrumpens alienum retinendi iustam habet causam »; C. 8. 13. 11 (a. 293) « nominatori pignori capere sine praesidis auctoritate res nominati non licet » ; C. 9. 12. 5 (a. 294) « in possessionem fundi licet creditor per vim (2) ingrediatur, Iuliae legis vis privatae reus deferri potest ». La frequenza di queste costituzioni dioclezianee, che, eccettuato il caso di una *conventio* apposita (3), vietano il pignoramento

(1) La versione greca in B. 25. 1. 53 trasforma il *vel* in *καί*. Cfr. NABER, *Mnemosyne*, 24, p. 172.

(2) Col NIEDERMEYER, *Studi Riccobono*, 1, p. 205. n. 15 bisogna inserire *armatam*.

(3) In altri testi non si salva nemmeno la « conventionis lex », cioè il patto di cui offrono esempii P. Flor. 1. 6; 81. 11; P. Strassb. 52. 7 (su cui cfr. MITTEIS, *Zeitschr. Sav. St.*, 27, p. 346, *Grundzüge*, p. 162 sgg.). — C. 8. 13. 3 (Sever. et Antonin.) « Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim *quidem* facere non videntur, *attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent* ». I creditori entrano in possesso, esercitando la « lex conventionis » (un'applicazione del documento esecutivo greco-egizio?): interpolati « quidem » e « attamen... debent ». Cfr. NABER, *op. cit.*, 24, p. 171; KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 176; RICCOBONO, *Communio*, p. 73. Simile è l'interpolazione di D. 47. 8. 2. 18 (Ulp. 56 ad ed.) « Hac actione [*scil.* vi bonorum raptorum] is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit, vi *quidem* bonorum raptorum non tenebitur, *sed aliter multabitur*. Sed et si quis fugitivum suum, quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aeque hac actione non tenebitur, quia rem suam aufert. Quid ergo, si sibi obligatam? Debebit teneri ». Gli emblemi *quidem* e *sed aliter multabitur* sono notati da varii critici (ved. *Index interpolat.*); ma, avuto riguardo a Paul. V. 26. 4, a D. 47. 2. 56 di Ulp. 3 disput. (dove contro l'ALBERTARIO mantengo « non videtur con-

senza autorizzazione del magistrato, si spiega, come fu detto giustamente (1), con l'uso contrario radicato nelle provincie orientali sotto l'influsso del diritto greco (2).

6. — Ritenuto genuino il fr. 5 D. 42. 7, l' ARANGIO RUIZ (3) vorrebbe riferirlo alla vendita al dettaglio dei beni di difficile conservazione (4). Egli pensa (5) che a questa vendita fossero autorizzati i creditori stessi, i quali potevano o agire da sè o nominare essi medesimi un delegato o adire il pretore perchè costituisse un *curator* vero e proprio.

trectare ») e a C. 4. 24. 11 nonchè a CASSIODORI, *Var.*, IV, 10 (al DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 328, n. 8 risponde il NABER, *op. cit.*, 24, p. 171, n. 5), bisognerà pure leggere in fine « non debebit teneri », come proponevo in *Concorso*, 2, p. 23, n. 3, (o « non tenebitur », come propone il KNIEP. *op. cit.*, p. 173), a meno che non si preferisca cogli autori citati dall'*Index interpolat.* espungere « quid ergo... teneri ». Anche qui il proposito di chiamare a rispondere con l'« a. vi bon. raptorum » e con le pene criminali il creditore « res obligatas sibi vi rapientem » è dioclezianeo (C. 9. 33. 3 — a. 293) e segna un eccesso di reazione.

(1) Cfr. DERNBURG, *Pfandrecht*, I, p. 417, n. 8; NABER, op. cit., 24, p. 171; JÖRS, *Zeitschr. Sav. St.*, 40, p. 78, n. 2.

(2) L'esecuzione privata non era ammessa invece nell'Egitto, almeno all'epoca romana. Cfr. WENGER, *Gött. Gel. Anz.* 1907, p. 311; KOSCHAKER, *Zeitschr. Sav. St.*, 29, p. 43; LEWALD, *Zur Personalexecution im Recht der Papyri*, pp. 42, n. 2, 43, n. 4; MITTEIS, *Grundzüge*, p. 45; JÖRS, op. cit., p. 86. — Per il libro Siro-Romano cfr. Londi. 97; R. II. 135.

(3) *Studi Fadda*, I, p. 322 sgg.

(4) La medesima interpretazione sostengono l'UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss* cit., p. 20, n. 57 e l'ARMUZZI, *Archivio giur.*, 72, pp. 495, 505 per il frammento di Paolo (D. 17. 1. 22. 10), che essi ritengono genuino. Il fr. 5 D. 42. 7 è inteso dall'Ubbelohde (ivi, p. 20) assai lucidamente nel senso che io stimo esatto. L'Armuzzi (ivi, p. 501) non si pronuncia fra queste due alternative: o il fr. 5 si riferisce ad una vendita in lotti di tutti i beni del debitore, ovvero ad una vendita di beni singoli, ma di carattere amministrativo (« distractio eorum quae urguebunt »). Ciò che diciamo contro la tesi dell'Arangio Ruiz si applica anche all'altra, poichè la sorte dei due frammenti di Giuliano e di Paolo è indissolubile. Di più il ragionamento dell'Armuzzi è inficiato da errori gravissimi, come quello che il creditore riturdatario non potesse nulla pretendere sul ricavato della vendita, ma avesse soltanto la facoltà di presenziare all'atto del *curator* ed alla ripartizione del prezzo tra gli altri creditori!

(5) Op. cit., 318 sgg.

È mestieri distinguere. Se i creditori si trovano nelle condizioni richieste per compiere la *bon. venditio* propriamente detta, ossia la vendita in blocco, non v'ha dubbio che potranno eseguire anche vendite parziali e non solo di cose deteriorabili: ci richiamiamo a quanto abbiamo detto sotto il numero 4. Ma, finchè i creditori non sono autorizzati alla *bon. venditio*, essi non avranno facoltà di alienare alcuna parte del patrimonio del debitore, se ne togli i frutti. Che nel frattempo possa occorrere l' alienazione delle cose deperibili non lo neghiamo; ma bisognerà appunto chiedere la costituzione di un curatore. Non si possono mettere in disparte come non probanti tutti i testi, i quali affermano che per mezzo del curatore si vendevano le cose deteriorabili (1). Nè questo è un nudo argomento « a contrario »; i testi parlano dell'immissione in possesso dei creditori e non avrebbero reclamato l'intervento del curatore, se all'uopo fossero bastati i creditori.

In D. 26. 10. 7. 2 (Ulpian. 1 de omn. trib.) l'ARANGIO RUIZ (2) preferisce ritenere che il curatore sia dato all'impubere; ma invece si tratta del *curator bonorum*.

> Praeterea accesserunt quaedam species ex epistula imperatoris nostri et divi Severi ad Atrium Clonium: nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, [ut suis rebus careant praecipitur reique servandae causa] pupillus in possessionem mittatur [eius, qui suspectus sententia sua factus est] (3) quaeque mora deteriora futura sunt curatore dato distrahi iubentur.

(1) Ved. vol. II, p. 12.

(2) Op. cit., p. 320.

(3) L'emendazione « absentia » al posto di « sententia » è patrocinata dai citati in SCHULTING, ad *h. l.* e da HELLMANN, *Festgabe für Planck*, p. 242. Io in varii scritti ricordati dall'*Index interpolat.* ho sostenuto l'impurità di « eius... est ». Sopra nel vol. I, p. 34, n. 1 ho dubitato che tutta la frase « reique... est » sia un glossema. Ma forse ancora sono stato troppo conservativo. Mi sembra che non si possano approvare le parole « ut suis rebus careant », perchè la *missio* non spogliava nel primo momento il debitore. Si legga *mittitur* invece di *mittatur* e si avrà una restituzione probabile.

Il diritto classico non conosceva altro curatore dell'impubere che il « curator adiunctus tutori », il quale era costituito a domanda e rischio del tutore stesso (1); ed è evidente che tale nomina non sarà chiesta dal tutore, il quale si nasconde « ne alimenta decernantur ». In ogni caso il curatore del pupillo non avrebbe la facoltà di alienare beni che non appartengono al pupillo e sui quali il pupillo ha la semplice « custodia et observatio ».

La legge agraria dell'a. 111/643 prova piuttosto contro, non mai a favore della tesi che io combatto. Essa prevede un « emere a bonorum emptore magistro curatoreve ». È probabile che la vendita conclusa dal *magister* sia una vendita al dettaglio (2); ma noi abbiamo visto esser falso che il *magister* riassuma in sè il potere dei suoi elettori. Il *magister* è un organo concorsuale al pari del *curator* e non è necessario che le sue facoltà spettino anche ai creditori. Comunque, se c'è un *magister*, i creditori hanno ottenuto l'autorizzazione a vendere tutto il patrimonio, ivi comprese le cose deteriorabili.

Appunto il permesso del magistrato è quello che dà ai creditori il diritto di vendere. Ciò che avviene pei frutti corrobora il nostro asserto. I creditori hanno diritto di venderli essi stessi, perchè l'editto espressamente ne attribuiva loro la facoltà e il dovere ad un tempo.

In sostanza, per risolvere la questione, è d'uopo determinare quali poteri i creditori acquistino con la *missio in bona*. L'editto relativo ci è stato conservato da CICERONE, *Pro Quinctio*, XXVII, 84 (3). Vi è stabilito e disciplinato il diritto di custodia, il quale non implica la facoltà di alienare i beni, nemmeno se deteriorabili o se destinati alla soddisfazione di debiti gravosi.

(1) Cfr. il mio *Curator impuberis*, i cui risultati sono per questa parte accolti dallo steso ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[4], p. 505, n. 2.

(2) Ved. vol. II, p. 83.

(3) Ved. vol. I, p. 178 sgg.

Lo stesso ARANGIO RUIZ si è accorto che il patrimonio del debitore non può essere lasciato in balìa dei creditori, allorchè questi sono stati semplicemente immessi nel possesso: ed esige uno speciale permesso (*iussum*) del pretore. Se non che la briga, che il magistrato si piglierebbe decidendo di volta in volta sulla necessità della vendita, rende poco verosimile codesta conclusione, la quale non è certo suggerita da Pomponio in D. 28. 5. 23. 2. Il giureconsulto allude semplicemente alla promessa del pretore di nominare un curatore per tutte le vendite urgenti e non a decreti da emanarsi per ciascuna alienazione (1).

Ad ogni modo, ritenuta la necessità dell'autorizzazione pretoria, non si spiega più il frammento di Giuliano. Il *iussum* deve valere per tutti, anche per i creditori che non furono presenti alla riunione. Sia pure il curatore eletto « privato consilio »; ma, poichè la vendita è permessa dal magistrato, nessun contrasto vi possono fare nè i creditori ritardatari nè il debitore. Inoltre Giuliano non accenna menomente alla natura dei beni da vendersi. È eletto un curatore « per quem bona distrahantur »; tutti i beni dunque e non solo i deteriorabili. L'ARANGIO RUIZ tenta di sfuggire a questa obiezione, osservando che ad un risultato simile doveva necessariamente arrivarsi, quando i beni « quae mora deteriora futura essent » abbracciassero tutto l'attivo. A me pare più facile che un commerciante fallito lasci nella sua « taberna » (voglio fermarmi al caso previsto dall'A. R.) poco o nulla, anzichè un attivo composto esclusivamente di cose deperibili. Infine reputo che non convenga interpretare le decisioni dei giureconsulti, ponendovi a base ipotesi eccezionalissime, quando nel testo non se ne abbia alcun sentore (2).

(1) Vedi vol. II, p. 6 sgg.

(2) Contro l'interpretazione combattuta vedi anche RAMADIER, *Missio*, p. 153, il quale sobriamente nota che il curatore della *bon. venditio* non è, più di quello della *distractio*, un delegato del creditore; è istituito con decreto del pretore; non è di lui che parlano Giuliano e Paolo. Ma l'idea che il curatore di D. 42. 7. 5 e 17. 1. 22. 10 sia il *curator bonorum* propriamente detto è tenace. Di questa idea devono essere gli autori, che, come BOSSOWSKI, KRELLER, ecc., non impugnano la classicità del *curator* nei due testi, ma neppure accennano alla particolarità del caso e delle regole ivi espresse.

Il TRIANDAFIL, *Du rôle du Curator et du Magister, nella Revue de droit de l'Université de Jassy*, 1 (1916), p. 117 sgg. esclude che i due passi concernano il curatore dell'antico processo esecutivo. Egli li riferisce al *curator bonis distrahendis*, ma dimentica che pure il curatore del nuovo processo è sottoposto alle norme di D. 42. 7. 2. 1 e non è un mandatario dei creditori presenti. Sicchè il *curator privato consilio electus* resta inesplicabile anche nel discorso dell'autore romeno.

(1) In *Concorso*, 2, p. 28, n. 2 ho detto di protestare contro questo equivoco, perchè trovavo citato D. 42. 7. 5 tra i passi paralleli a GAI. III. 154 nella edizione della *Iurisprudentia anteiustiniana* del HUSCHKE curata da SECKEL e KÜBLER. Ma nelle più recenti edizioni di Gaio la citazione non è stata riprodotta.

(2) Ancora in altro senso si parla di « venditio privatim facta » da Scaev. 5 dig. (D. 12. 6. 67. 2). Il debitore vende i suoi beni a un terzo col patto che questi paghi i creditori. Non intendo come il FRESE, *Studi Bonfante*, IV, p. 432, n. 145 possa affermare che Scevola tratta di pagamenti eseguiti dal *bonorum emptor*.

(3) Cfr. PUCHTA, *Institutionen*[10], I, p. 556 nota y, II, p. 487.

7. — Si guardino i lettori dal confondere (1) il « privato consilio » di D. 42. 7. 5 col « privatim distrahi » o « venire » che si incontra in altri testi, i quali tuttavia alludono all'ordinario procedimento della *bonorum venditio* (2).

Chi opponesse queste frasi alla nostra interpretazione non avvertirebbe che il *consilium* è *privatum*, quando la deliberazione è presa senza l'autorizzazione del magistrato, mentre la *venditio bonorum* è detta privata in contrapposto con la *sectio bonorum*, che è eseguita dagli organi dello Stato ed è quindi pubblica nel senso più schietto della parola (3).

Il contrapposto è chiarissimo in D. 21. 2. 57 pr. (Gai. 2 ad ed. aedil. curul.).

> Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.

Come si legge ora, « ita... distrahi » non è uscito dalla penna di Gaio.

a) In *ita ut...* ciò che è la causa diventa l'effetto. La circostanza che i beni non siano pervenuti al fisco, lungi dall'essere il risultato della morte « sine successore », è l'evento donde scaturisce che il defunto non ha successori.

b) Se voleva esprimere i mancati avvenimenti per cui il vincitore della lite « sine successore decesserit », Gaio avrebbe dovuto ricordare anche l'ipotesi che non lasci un erede o un *bonorum possessor*.

c) Il caso che i beni del defunto « neque ad fiscum pervenire possint, neque a creditoribus distrahi » non si verifica mai. Se l'eredità è attiva, il fisco può raccoglierla in mancanza di eredi o di *bonorum possessores*; se l'eredità è passiva e quindi il fisco non se ne cura, i creditori possono ottenere la *missio* e compiere la *bonorum venditio*. Può sì accadere che i beni non pervengano al fisco, perchè i suoi organi omettono di *agnoscere bona*; e può anche avvenire che i creditori non si facciano vivi. Sicchè Gaio avrebbe potuto supporre che i beni « neque ad fiscum perveniant neque a creditoribus veneant », ma certo non disse che i due fatti siano contemporaneamente impossibili. Avrebbe detto una sciocchezza, perchè i creditori hanno il diritto e la possibilità di immettersi nei beni dell'eredità vacante, quando consti che nessun *heres* o *bonorum possessor* e nemmeno il fisco l'abbia accettata.

Il problema che dobbiamo risolvere è se la frase « ita... distrahi » sia tutta spuria o sia stata soltanto rimaneggiata.

Per la seconda alternativa depone il *privatim*, con cui Gaio anche nelle Istituzioni (III. 154) distingue la *bonorum venditio* da parte dei creditori in antitesi alla *sectio* dello Stato.

> Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas...

Di D. 21. 2. 57 pr. congetturo la restituzione:

> ...si is... [sine successore] (1) decesserit, ita ut neque ad *aerarium* (2) bona pervenire possint neque privatim a creditoribus *veneant*... (3).

Gaio supponeva che il vincitore del giudizio di evizione morisse lasciando un'eredità oberata e che la triste sorte del proprietario desse modo al compratore di ritenere il pacifico godimento della cosa. Ma perchè continui il « rem habere licere » è d'uopo che i beni del defunto nè pervengano all'erario, il quale li alienerebbe con la *bon. sectio*, nè siano oggetto di vendita da parte dei creditori. Questi potrebbero magari venderli *privato consilio* col metodo della *distractio*; ma sarebbe stranissimo che il giureconsulto, a cui pel suo ragionamento importava soltanto di prevedere il caso che i creditori non facessero valere i loro diritti sui beni dell'eredità vacante, indicasse, anzichè il procedimento esecutivo normale, quello non ordinario e, secondo ogni probabilità, meno frequente della *distractio*. « Privatim a creditoribus.. » doveva dunque riferirsi alla *bon. venditio*; *distrahi* è certamente emblematico. Ciò è confermato da Gai. III. 154, dove tor-

---

(1) Ho cancellato « sine successore », perchè, trattando di beni il cui destino è di finire nelle mani dell'erario o dei creditori, era superfluo avvertire espressamente che doveva mancare un erede o un *bonorum possessor*. Dopo la soppressione di « sine successore » il testo non può essere interpretato nel senso che il fisco non sia un *iustus successor* e il Gaio del commentario edittale non è più opponibile al Gaio delle Istituzioni III. 78. Su ciò cfr. *Studia et docum. hist. et iur.*, 3, p. 454 sgg.

(2) L'interpolazione di *fiscum* è sicura, come in D. 30. 96. 1 (Julian. 39 dig.) e 5. 3. 20. 7 (Ulp. 15 ad ed.), su cui cfr. Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 353, n. 10 e i citati dall'*Index interpolat.* Solo potremmo dubitare se, in luogo di *aerarium*, sia da restituire *populum* con Gai. II. 286 ed Ulp. XXVIII. 7.

(3) Con « neque ad aerarium bona pervenire » manteniamo il *possint*, in quanto lo Stato non raccoglieva le eredità passive (ved. vol. I, p. 91); ma per i creditori non esisteva l'impossibilità giuridica (o anche solo amministrativa) di vendere i beni e quindi è forza restituire « neque... *veneant* », non già « neque... *veniri possint* ».

na la medesima distinzione enunciata nel fr. 57 pr., ma con linguaggio più correttamente classico.

Che se qualche dubbio potesse ancora nutrirsi circa il significato di *privatim*, esso è risoluto da un altro paragrafo delle Istituzioni di Gaio.

> IV. 146. — Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur, qui publice bona mercantur.

Publica è sicuramente un errore dell'amanuense in luogo di *publice* (1). E questo avverbio, che è l'antitesi di *privatim*, qualifica la *sectio bonorum*. Dunque *privatim* definisce il carattere della *bonorum venditio*.

Le Istituzioni giustinianee (3. 25. 8), la cui discendenza da un testo gaiano (2) è riconosciuta, formulano tutt'altra distinzione.

> Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia eius veneat, solvitur societas.

(1) Più sotto Gaio scrive « *publice bona* ». Una delle due lezioni appare guasta. Lo Stieber, *De bonorum emtione*, p. 5 nota q corregge la seconda. Ma la sostituzione di *publice* a *publica* è raccomandata da testi di vario ordine. Insieme con Gai. III. 154, cfr. Gai. I. 27 « ipsi bonaque eorum publice venire iubentur »; Varro, *de re rustica*. II, 10 « ... tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit »; Festus « Hastae subiciebant ea, quae publice venundabant »; *Lex Latina tab. Bantinae* 11 « bona eius poplice possideantur facito »; *Lex Acilia repetundarum* « bona eius facito puplice possideantur *conquaerantur veneant* ». Livius 38. 60 « in bona L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit ».

Per la correzione, che gli editori potrebbero giustamente apportare nel testo del Veronese, « *publice* bona emerit » si dichiarano Huschke, *Nexum*, p. 87, n. 109; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, II, p. 670, n. 13. Difende la lezione *publica* Dernburg, *Emtio*, p. 27, n. 10.

(2) Probabilmente le stesse *Inst.* III, 153-154 (Zocco-Rosa). Il Ferrini du[bitativamente] *Res cottidianae*.

La variante è molto infelice (1). Il colpito dalla « publicatio », il condannato in un « publicum iudicium », il proscritto, i cui beni erano devoluti all'erario, vedevano la loro sostanza messa all'asta; ma nessun giurista classico avrebbe detto di loro che subivano la « sectio propter publica debita », sì invece che i beni erano pubblicamente venduti (2). Per altro la terminologia di Gaio non poteva essere conservata. Nell'epoca giustinianea tutto il processo, e quindi anche lo stadio esecutivo, mostra apertamente l'essenza pubblicistica; e Triboniano doveva ripudiare la qualificazione espressa da *privatim*.

Coloro che, in un modo qualsiasi, riportano D. 42. 7. 5 alle vendite giudiziarie regolari, se meditassero sulla scomparsa di *privatim* dalle Istituzioni giustinianee e sul mantenimento di *privato consilio* nel passo di Giuliano, sarebbero costretti a riconoscere la contradizione dei due fatti. Noi la neghiamo, perchè *privato consilio* non equivale a *privatim* nè caratterizza la vendita dell'editto pretorio, ma l'esclude.

I compilatori rispettarono il *privato consilio*, avendo capito il pensiero di Giuliano meglio degli interpreti moderni; le intese fra creditori, gli accomodamenti circa l'impiego dei beni del debitore in cui fosse stata permessa la *missio*, non sono vietati dal diritto giustinianeo. Le Inst. 3. 12 pr. dichiarano « bonorum venditiones exspiraverunt et tantummo-

(1) Per altre critiche al testo giustinianeo ved. vol. II, p. 134, n. 3. I compilatori si riferiscono al medesimo caso di D. 17. 2. 65. 12 (ved. vol. I, p. 243), dove Paolo tratta della *publicatio bonorum*, che è una pena e non l'esecuzione di un credito dello Stato.

(2) Di qui risulta l'erronea impostazione del problema discusso dai moderni romanisti, se la rivendita compiuta dal *sector* sia una vendita privata usuale (cfr. Bruns, *Zur Geschichte der Cession*, p. 65) o una vendita pubblica (cfr. Karlowa, *R. Rechtgesch.*, II, p. 15; Rotondi, *Bonorum sectio*, nella *Enciclopedia giuridica italiana*. II, 2, p. 1264). Se noi vogliamo chiamarla pubblica, in quanto è fatta dietro speciale autorizzazione ed incarico avuto dal magistrato, forse non diremo una grande eresia. Ma certo la classificazione non coincide con quella che ponevano i Romani, pei quali la giustizia civile non era entrata interamente nel dominio del diritto pubblico.

do creditoribus datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit »; e le parole *prout eis utile visum fuerit* (1) lasciano la porta aperta ad ogni *privatum consilium*. Si direbbe che questo prenda la rivincita sulla statizzazione del processo.

8. — Attraverso le indagini e le dispute dei numeri precedenti ritengo accertato il fatto che talora i creditori, immessi nel possesso dal magistrato per cause in cui il diritto di vendere non era sospeso, convenivano fra loro di liquidare mediante la *distractio* il patrimonio del debitore.

Questo caso di *distractio* nelle sue condizioni e nei suoi effetti è diversissimo dagli altri due (2); ed è manifesta l'impossibilità di cercarne l'origine in una fonte legislativa o quasi legislativa, poichè è dominato sovranamente dal libero consenso dei creditori. Invece nella letteratura sul nostro tema, la quale oscilla tra l'ipotesi di un unico senatoconsulto e quella di più ovvero di uno svolgimento giurisprudenziale che avrebbe attribuito ai creditori la facoltà di procedere con la *distractio* verso debitori che non siano «clarae personae» (3), emerge questo concetto: che la procedura introdotta pei senatori sia stata poi estesa ad altri casi. Ora ciò che io sostengo pei frammenti di Giuliano e di Paolo non si concilia con un tale avviso. La *distractio ex privato consilio*, e più precisamente l'attività del curatore, mandatario dei creditori che l'eleggono, ha provocato un'elaborazione dottrinale, la quale rimonta a Trebazio e cioè ad un'epoca forse anteriore a quella del senatoconsulto. È innegabile l'opposizione fra ciò che è presupposto delle teoriche sopra ricordate e ciò che è insito

(1) Altrove Giustiniano è più rigido. Cfr. Inst. 3. 10. 3 « permittitur creditoribus... bona... possidere et *legitimo modo* ea *disponere* ».
(2) Di cui abbiamo trattato nei capitoli XI e XII.
(3) Ved. vol. II, p. 207 sgg.

nella spiegazione da me favorita per i due passi controversi. Ma reputo che non sia una debolezza del mio sistema.

A priori non è assurdo che una *distractio ex privato consilio* abbia potuto venire in uso prima che la *distractio* fosse resa obbligatoria per le « clarae personae ». Ben potrebbe il senatoconsulto avere raccolto l'istituto dalla pratica, dove esso spuntò per le libere iniziative degli interessati. In secondo luogo noi ignoriamo (1) il rapporto cronologico fra il senatoconsulto e l'editto pretorio, che a riguardo del « pupillus heres tutorem non habens » ordinava il medesimo procedimento della *distractio*. Finalmente — ed è questo il riflesso più valido — il centro di gravità della riforma senatoria non consiste tanto nel sistema di vendita alla spicciolata (anzichè in blocco) quanto nella costituzione di un curatore « ut honestius... creditoribus solveretur ». Per evitare l' infamia, la quale non deriva dalla vendita, ma dal possesso durato per il termine stabilito dall'editto, si nega la *missio* ai creditori e si nomina un curatore. Quindi non più possesso dei creditori, non più *proscriptio*, non più elezione del *magister*, non più ricerca di un successore nel patrimonio del *fraudator*. Cade tutto l'edificio della *bonorum venditio*, quando ne sia abolito il fondamento, che è la *missio in bona* dei creditori. Viceversa si può porre le fondamenta dell'edificio e cambiarne il disegno. Fuori di metafora, i creditori immessi nel possesso potrebbero astenersi dall'elezione del *magister* che compirebbe la *bon. venditio*, ma procedere ad una liquidazione diretta dei beni.

9. — Nel mio modo di vedere si risolvono le difficoltà segnalate ed un po' anche esagerate dal DEGENKOLB (2). Sparisce la contradizione fra D. 42. 7. 5 che ammette l'elezione e gli altri passi che prevedono la nomina d'autorità del cura-

(1) Ved. vol. II. p. 224 sgg.
(2) *Magister* cit., p. 31 [= *Beiträge*, p. 1841.

tore. Si evita l'organizzazione dualistica del concorso, per mantenere l'unità entro ciascuno dei procedimenti concorsuali riconosciuti. Di tali procedimenti il diritto romano classico ne accoglie due: il primo, in cui l'organo della massa è il *magister*, l'altro, in cui è il *curator*. Nel fr. 5, come mostra il Degenkolb (1), manca l'organizzazione unitaria dei creditori; e ciò accade, perchè essi non chiedono la tutela statale valendosi degli organismi processuali esistenti, ma provvedono a sè stessi con mezzi che possiamo chiamare di giustizia privata.

Ora l'importanza storica dei testi commentati non è piccola (2). Se i creditori per volontario accordo estendevano la procedura della *distractio* a casi, nei quali non era applicata dal diritto vigente, ciò parrebbe significare che i Romani avvertivano i difetti del sistema edittale e cercavano di sostituirlo. Ma, quando il diritto non soddisfaceva pienamente i bisogni dei cittadini e questi lasciavano inoperosi i mezzi loro offerti e si aprivano per forza propria vie nuove, il tramonto dei vecchi istituti avrebbe dovuto essere fatalmente segnato in un mondo giuridico, che fino ai tempi di Adriano possedette nel pretore l'organo permanente e pronto per le mutazioni rapide del diritto privato. Invece la *bonorum venditio* ha resistito a lungo. Il pretore non ha accordato una sanzione ufficiale all'uso vivo nella pratica: altrimenti Paolo non avrebbe indugiato in una discussione, che sarebbe oziosa, se il *curator bonis distrahendis* fosse costituito dal magistrato. Come potè dunque accadere che, mentre la disputa ci riporta all'età repubblicana, in tutta l'epoca classica non sia ancora maturata la trasformazione del processo esecutivo?

Dobbiamo raffigurarci in altro modo lo svolgimento delle cose. Mi sembra di non poter dubitare che il fenomeno, di

(1) *Magister* cit., p. 24 sgg. [= *Beiträge*, p. 178 sgg.].

(2) Sebbene non sia stata avvertita nemmeno da coloro che li reputano genuini. Cfr. per es. VAINBERG, *La faillite d'après le droit romain*, p. 293; DERNBURG, *Pandekten*[7], II, § 56, p. 158. Tuttavia vedi KARLOWA, *Röm. Rechts-*

cui i classici si affaticavano a regolare le conseguenze giuridiche, sia molto antico. Esso è una sopravvivenza, il cui persistere si giustifica esuberantemente con la considerazione dei vantaggi che la *distractio* offre in confronto della *bon. venditio* disciplinata dall'editto pretorio.

Qualcosa di analogo all'esecuzione patrimoniale esisteva prima che il pretore pensasse a creare contro il latitante (1), l'assente ed in genere l'indifeso quel complicato meccanismo, che risulta dalla *missio in bona* e dalla conseguente sostituzione di un altro titolare nel patrimonio. Vero è che i romanisti discutono se e in quale forma abbia funzionato un'esecuzione patrimoniale anteriormente all'istituto pretorio che l'ha organizzata. V'ha chi ne dubita (2): altri l'ammettono (3) ed almeno in qualche caso con ragione. È possibile che i creditori non si siano impadroniti dei beni di colui che fosse morto senza eredi? Se in principio probabilmente le cose lasciate dal defunto erano la preda del creditore più forte o che arrivava prima degli altri (4), più tardi è ovvio pensare

(1) O il defunto, secondo l'ipotesi che piace al CARRELLI, *Studia ed docum. hist. et iur.*, 4, p. 429 sgg. ma che io non stimo preferibile a quella da me accettata nel vol. I, p. 8 sgg.

(2) Cfr. PUCHTA, *Instit.*[10], § 179, p. 553; ROTONDI, *Bon. venditio*, p. 102. Che la regolare esecuzione personale conferisse ai creditori un diritto sul patrimonio dell' « addictus », nega KLEINEIDAM, *Die Personalexecution der Zwölftafeln*, p. 259 sgg.

(3) Cfr. KARLOWA, *Der röm. Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, p. 160 sgg.; HUSCHKE, *Nexum*, p. 81 sgg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm Civilproz.*, I, pp. 199, 201, n. 42, II, pp. 557, 661, 668, 692; SCHULIN, *Geschichte d. r. R.*, p. 533; LEONHARD, in PAULY-WISSOWA, *R. E.*, 3, 707; ERMAN, *Zeitschr. Sav. St.*, 26 p. 561 sgg.; PLATON, *N. revue hist. de droit*, 33, p. 154, n. 2; ecc.

(4) Il CARRELLI, op. cit., p. 451 avvisa che l'apprensione di cose ereditarie avrebbe fatto acquistare al creditore la qualità di erede e responsabile dei debiti. Ma, per accogliere questa opinione, bisognerebbe pensare che il fine o un fine dell'*usucapio pro herede* fosse di rattenere i creditori da ogni atto di giustizia privata. Altrimenti l'impadronirsi della cosa dovuta o di quelle che possano rappresentarne il valore è così istintivo e, dove manchi la tutela giuridica, così limpido, che i Romani non potevano vedervi un atto di gestione ereditaria. Negli albori della vita giuridica, i mezzi naturali

che i creditori si siano messi d'accordo per ripartirsi fra di loro il patrimonio del debitore o il prezzo ritrattone (1). Il *iudicatus*, della cui persona i creditori si impadroniscono con la *manus iniectio*, viene a patti con loro (2); e sovente l'accordo non avrà potuto avere altro oggetto che l'abbandono dei beni (3). E nel caso che il debitore fosse latitante o assente, sarà verosimile che i creditori anteriormente all'editto pretorio se ne stessero inerti e privi di ogni tutela (4)? E ciò anche quando l'esecuzione delle obbligazioni ha cessato di rappresentare una vendetta e lo scopo patrimoniale vi è apparso chiaro e vivace (5)?

Nella fase più recente del diritto romano l'essere stato organizzato da una fonte diversa (il pretore) un sistema di

---

e spontanei di difesa non si proibiscono prima di averli surrogati con mezzi più sociali e più fini.

Probabilmente perchè intende alla lettera la dichiarazione del BONFANTE per l'« incapacità del pensiero antico a concepire una soddisfazione diretta dei creditori sui beni del proprio debitore », il Carrelli (p. 436, n. 26) non crede neppure al fenomeno verosimilissimo che la *missio* pretoria abbia avuto un precedente nell'apprensione per libera iniziativa dei creditori.

(1) La regola della giurisprudenza pontificale (CICERO, *de legibus*, II, 19, 48), che in quinto luogo chiama a continuare i *sacra* «..... de creditoribus eius, qui plurimum servet » è certamente anteriore all'editto di Rutilio Rufo. Cfr. KARLOWA, *R. Rechtsg.*, II p. 903; SOLAZZI, *Dir. ereditario romano*, I, p. 109 sgg. Del resto può aver ragione il KLEINEIDAM, *op. cit.*, p. 285 di prescindere dal passo ciceroniano per il diritto delle XII Tavole.

Arbitraria è l'ipotesi del KNIEP, *Gai Inst.*, II, 2, p. 314 sgg. che la *distractio* sia cominciata da casi, in cui l'eredità bastava pel pagamento di tutti i debiti.

(2) *Lex XII Tab.*, III, 5. Che il « ius paciscendi » potesse accogliere il contenuto più vario e supplisse alla mancanza dell'esecuzione patrimoniale, avverte il KLEINEIDAM, *Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia*, in *Festgabe für F. Dahn*, II, p. 3.

(3) Si rammentino le deduzioni tratte (vol. I, p. 36 sgg.) dalla clausola « qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiaverit se solidum solvere non posse » della legge Iulia municipalis del 709/45.

(4) Si suole dedurre il contrario da LIVIUS, II. 24. 6. Cfr. in questo senso anche KLEINEIDAM. *Personalexecution*, p. 281 sgg.

(5) Prima che l'editto promettesse la *missio in bona*, probabilmente ne sarà stata decretata la concessione caso per caso; e lo stesso intervento del magistrato sarà stato preceduto dall'iniziativa autonoma dei creditori.

esecuzione schiettamente ed esclusivamente patrimoniale ha fatto sì che nel sistema originario del diritto civile si consolidasse puramente l'esecuzione personale e ne esulasse ogni elemento patrimoniale. Ma, prima che i due sistemi si ponessero di fronte (1) in questa forma definitiva, si può dubitare che l'unico sistema esistente attingesse lo scopo dell'obbligazione solo pel tramite della persona del debitore, mediante i patti conclusi con lui o coi terzi desiderosi di riscattarlo. Ad ogni modo, per i casi, nei quali il sistema civile non proteggeva i creditori, questi dovettero ricorrere alla difesa privata: il che certamente è avvenuto quando il debitore non lasciava eredi e forse altresì quando si sottraeva con la fuga all'azione dei creditori.

Di tali procedimenti privati ed autonomi di esecuzione io penso che sia una sopravvivenza il *privatum consilium*, sugli effetti giuridici del quale ebbero a discutere i giureconsulti. E poichè vi si ricorre ancora al tempo di Giuliano e di Paolo, possiamo di qui giudicare quanto largamente e profondamente prima dell'editto pretorio l'uso dovesse essere penetrato nella coscienza e nella vita dei Romani.

---

(1) Nello stesso editto pretorio? Cfr. LENEL. *Edictum*[3], p. 411 sgg.; KLEINEIDAM, *Beiträge cit.*, p. 29 sgg.

CAPITOLO XIV.

Privilegi e azioni reali nel concorso dei creditori.

1. — Un editto riportato nel titolo *de curatore bonis dando* (D. 42. 7. 2. 1) ha la clausola:

> ...eisque actiones et in eos utiles [competunt] *dantur*: et si quem curatores mitterent ad agendum vel defendendum, uti ius esset: nec ab eo satis, neque de rato neque iudicatum solvi, nomine eius cuius bona veneant exigetur, sed nomine ipsius curatoris qui eum misit.

È disputabile se gli *ei*, ai quali e contro i quali erano date le azioni utili in nome del debitore, fossero i *curatores* o i *magistri bonorum* (1). Ma la soluzione è indifferente per il problema che ora dobbiamo trattare.

Messe in disparte le azioni competenti al debitore, per cui non sorgono difficoltà, un grave dubbio si affaccia per le azioni contro il debitore. Se il *magister* o il *curator* fossero convenuti con le azioni utili dai singoli creditori del *fraudator*, che ne sarebbe dell'uguaglianza, che dopo la *missio in bona* deve regnare fra tutti i creditori?

Di questo problema io non ho trovato cenno nella letteratura. Gli scrittori si limitano a registrare il risultato, che desumono da D. 42. 7. 2. 1, e, quando esemplificano, citano

(1) Ved. vol. II, p. 29 sgg.

azioni che non possono essere quelle previste dal fr. 2 § 1. Il RAMADIER (1) ricorda la *quasi Serviana* e la *rei vindicatio*. Prescindo per ora dall'avviso di chi afferma che nel diritto classico la *rei vindicatio* potesse intentarsi solo contro il possessore; il che ritenuto, nè i creditori immessi nè il *magister* o il *curator bonorum*, che hanno semplicemente la *custodia et observatio*, potrebbero essere convenuti con la *rei vindicatio*. Ad ogni modo, è certo che le azioni reali sarebbero date contro il *magister* o il curatore non in nome del *fraudator*, ma in quanto detengono le cose pretese dall'attore. Le azioni utili, cui allude D. 42. 7. 2. 1, sono le azioni personali competenti contro il debitore.

Quando poi il Ramadier soggiunge vagamente che il curatore « défendra en justice, si quelque procès est déja commencé au moment de la *missio* et que, voyant son patrimoine lui échapper, le saisi s'en désinteresse », il quesito capitale sulla *par condicio creditorum* torna ad imporsi.

2. — Di un'azione personale, data come utile, contro il *curator bonorum* tratta D. 27. 3. 7. 1 (Ulp. 35 ad ed.).

> Si tutor in hostium potestatem pervenerit, quia finita tutela intellegitur, fideiussores [TRIB. *sponsores* ULP.], qui pro eo rem salvam fore sponderint, et si quis existat defensor eius, qui paratus est suscipere iudicium tutelae, vel si quis sit curator bonis eius constitutus, recte convenientur.

È da rammaricarsi che un testo così importante sia sfuggito all'attenzione dei processualisti. Se genuina, la proposizione « vel si quis sit curator bonis eius constitutus » allargherebbe le nostre cognizioni sul processo esecutivo classico.

(1) *Missio*, p. 120.

Ma una critica radicale attacca tutto il frammento. Poichè il prigioniero di guerra è *capite deminutus*, le sue obbligazioni si estinguono e con le obbligazioni principali cadono le accessorie. Nemmeno gli *sponsores* del tutore potrebbero essere convenuti con l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *satisdatio rem pupilli salvam fore*, ma tutt'al più con un'*actio utilis* concessa dal pretore (1).

Qui a noi basta l'ultima ammissione. L'*a. utilis* doveva concedersi non solo contro gli *sponsores*, ma altresì contro il *curator bonorum*. Giova anzitutto fermare (2) che il « curator bonis constitutus » del fr. 7 § 1 è il curatore di D. 42. 7. 2. 1, ossia il curatore nominato dal pretore su proposta della maggioranza dei creditori immessi nei beni del *captivus*, in una parola il curatore del concorso romano. Sappiamo infatti (3) che alla nomina del *curator* si ricorreva più specialmente quando non era permessa la vendita nei brevi termini indicati da Gai. III. 79; e i giureconsulti eccettuavano dalla vendita i beni del *captus ab hostibus* (4). Interessante è D. 42. 4. 6. 2 (Paul. 57 ad ed.) « si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur », perchè ci mostra che l'immissione dei creditori nei beni del prigioniero e la nomina del curatore solevano andare di conserva. Ma, se i creditori non avessero potuto in nessuna maniera esercitare le azioni già spettanti contro il *captivus*, la loro *missio in bona* sarebbe stata illogica e la *cura bonorum captivi* non avrebbe dovuto mai dipendere dal possesso accordato ai creditori.

(1) Così RATTI, *Annali di Macerata*, 1, p. 91 sgg. Cfr. anche SCADUTO, *Annali di Palermo*, 8, p. 33; RICCOBONO. *Archiv f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 16, p. 514.

(2) Contro VOIGT, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 632.

(3) Ved. vol. II, p. 2 sgg.

(4) Ved. vol. II, loc. cit.

Per la testimonianza di D. 27. 3. 7. 1 è assodata la classicità dell'*actio utilis* contro il *curator bonorum* (1). Nulla importa che sia convenuto con l'*actio tutelae* sulla base della gestione o con l'*actio ex stipulatu* sulla base della *satisdatio* (2). Sarà sempre ovvio che il curatore non fosse unicamente legittimato a sostenere la lite (3), ma anche a pagare di spontanea volontà e ad eseguire il giudicato. Altrimenti l'azione contro il *curator bonorum* avrebbe sortito un effetto molto meschino. Si sarebbe convertita in un'*actio iudicati* da far valere contro il *bonorum emptor* dopo la vendita dei beni; e per questa l'attore avrebbe dovuto aspettare la morte o il ritorno del prigioniero.

È dunque necessario ritenere che la sentenza di condanna del curatore fosse eseguibile contro di lui, mentre durava l'ufficio. Ma, se pensiamo che il pupillo è un creditore privilegiato (4), il quale conserva il suo privilegio anche se il condannato è un *defensor tutoris* (5), avvertiamo subito che, autorizzando il curatore a pagare un tale creditore coi beni di cui ha la custodia, non si viola il principio essenziale di ogni procedura collettiva, che è la *par condicio creditorum*.

Beninteso, non c'è ragione di fare al pupillo un trattamento particolare e le stesse regole debbono valere per tutti i crediti privilegiati. La conseguenza è chiara: quando la

(1) In definitiva, questa è pure l'opinione del RATTI, op. cit., p. 97. Secondo lui, *forse* il passo genuino ammetteva che tanto i garanti quanto il curatore dei beni del prigioniero potessero essere convenuti mediante un'*a. utilis*. Io tolgo via il *forse*.

(2) Per la seconda alternativa ved. i miei *Istituti tutelari*, p. 245 sgg. Che non sia genuina la frase « et si quis ...tutelae » ho sostenuto in *Rend. R. Istit. Lombd.*, 49, p. 641, n. 2 e in *Istituti tutelari* loc. cit. Cfr. anche BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 199 sgg, che per altro espunge insieme « vel... constitutus ».

(3) Di tale opinione sembra che sia HUSCHKE, *Nexum*, p. 170. Dal DERNBURG, *Emtio*, p. 22 è giustamente combattuta la tesi che i creditori, non muniti dell'*a. iudicati*, se la procacciassero convenendo il curatore prima della *bon. venditio*.

(4) Ved. più oltre il num. 15.

(5) Cfr. D. 27. 3. 22 (Paul. 13 quaest.).

venditio bonorum non si compiva rapidamente e la *missio in bona* durava a lungo, i creditori privilegiati non erano come i chirografarii costretti all'attesa. Ciò vorrà dire che nell'inventario della *lex bonorum vendendorum* figureranno solamente i creditori chirografarii, ma anche il patrimonio da vendersi sarà ridotto di quanto è stato impiegato nel soddisfacimento dei creditori privilegiati.

3. — Il NABER (1) ha sostenuto che il pretore attuava il privilegio, immettendo il creditore in possesso non semplicemente *rei servandae causa*, ma, per es. nel caso dell'« actio funeraria », *rei servandae causa funerariae actionis nomine*. L'opinione che fosse onerato il *bonorum emptor* col pagamento dei creditori privilegiati dipende, secondo il Naber, dal non aver distinto abbastanza il diritto nuovo e il diritto genuino. Al che il LENEL (2) ha risposto che il procedimento immaginato dal Naber non si sa come possa venire eseguito.

La tesi del romanista olandese non è nè precisa nè felicemente dimostrata. Ma, considerando il fr. 7 § 1, D. 27. 3, dobbiamo riconoscere che essa contiene un nocciolo di verità. Il Naber sbagliava, supponendo una *missio* speciale pei creditori privilegiati, che non appare in alcun luogo delle fonti ed è inverosimile, poichè la *missio* non è accordata « causa cognita » (3); tuttavia il fr. 7 § 1 cit. mostra che i creditori privilegiati non erano sempre pagati dal *bonorum emptor*. Quando il processo esecutivo si esauriva in poche settimane, certamente la *lex bonorum vendendorum* doveva provvedere anche ai creditori privilegiati; un'altra soluzione non sarebbe pratica. Ma quando è costituito un *curator bonorum*, i creditori privilegiati possono da lui esigere il pagamento. Ond'io penso che il decreto ricordato da D. 27. 10. 15. 1, mediante il quale era conseguito dal prodigo il privilegio, di cui non era fatta menzione nell'editto, sia non solo il decreto del pretore che concedeva l'*actio rutiliana* o l'*actio serviana* contro il *bonorum emptor* (1), ma possa anch'essere il decreto, col quale il pretore dava l'azione utile contro il *curator bonorum*.

(1) *Mnemosyne*, 25, p. 283 sgg.
(2) *Edictum*³, p. 429, n. 5.
(3) Ved. vol. I, p. 137 sgg.

In quest'occasione il magistrato avrà prese le debite cautele (2), perchè non avvenisse che un creditore fosse soddisfatto a detrimento di altri creditori ugualmente privilegiati.

4. — Come effetto del mutamento sopravvenuto nella struttura del concorso il NABER segnalava alcune interpolazioni; ma la descrizione, che quest'autore ci porge dello sviluppo storico, non è una buona guida per l'interpretazione del diritto giustinianeo. Oggi il concorso è nel reparto dei beni, egli scrive, ed il privilegio determina la preferenza nella distribuzione; una volta i creditori concorrevano, quando dinanzi al magistrato gli domandavano l'azione o la *missio in bona*. Sarebbero emblemi « in bonis tutoris venditis » di D. 26. 7. 44. 1, « bonis venditis » di D. 42. 5. 23, « si bona venierint » di D. 16. 3. 7. 2.

Queste alterazioni (3) sono sicure, poichè le frasi censurate dal Naber portano in sè medesime i segni della contraffazione. Ha notato il romanista olandese che, venduti i beni (4), « actum est de privilegio »; dicasi più nettamente che i beni appartengono al *bonorum emptor* e il diritto del creditore privilegiato è convertito nella pretesa di ciò che il compratore si sia impegnato a dare per i crediti privilegiati,

(1) Il LENEL, *Edictum*³, p. 429, n. 8 riferisce D. 27.10.15. 1 al decreto che avrebbe approvato la redazione della *lex bonorum vendendorum*. Ma ved. vol. II, p. 99.
(2) Imponendo per es. una cauzione.
(3) Che siano proprio emblemi di Triboniano è dubitabilissimo. Oltre le ragioni che espongo più innanzi, ci renderebbe propensi a negarlo la circostanza che i testi usino sempre « vendere » e mai il *distrahere* giustinianeo.
(4) Anzi, soggiunge il NABER (ma qui ha torto), dal momento che siano stati posseduti.

eventualmente della sola percentuale, se nessun obbligo specifico sia stato assunto rispetto ai crediti privilegiati (1). Quindi Paolo nel l. 13 quaest. non può aver detto (D. 26. 7. 44. 1) che il pupillo « privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis » (2) e nemmeno nel l. 60 ad ed. (D. 42. 5. 23) che « debet bonis eius venditis privilegium pupillo conservari » (3); nè di Ulpiano 30 ad ed. può esser la frase (D. 16. 3. 7. 2) « ante privilegia, si bona venierint, depositariorum ratio habetur » (4). Basta confrontare il linguaggio tenuto in altri luoghi dagli stessi giureconsulti: « in bonis mensularii *vendundis* post privilegia potiorem eorum causam esse placuit rell. » (Ulp. 63 ad ed. in D. 42. 5. 24. 2); « privilegium habet funeraria, si is, cuius bona *veneunt*, funeratus sit — quicumque sit funeratus, id est sive is, cuius de bonis agitur » (Id. in D. 42. 5. 17 pr.); « privilegium in bonis magistratus pupillus non habet » (Ulp. 36 ad ed. in D. 27. 8. 1. 14); « concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri » (Ulp. 33 ad ed. in D. 24. 3. 22. 13) (5); « in bonis curatoris privilegium furiosi servatur » (Paul. 3 sent. in D. 27. 10. 15. 1). Cfr. anche Hermogen. 5 iur. epitom. « tutelae privilegium datur in bonis tutoris » (D. 27. 3. 25); Papinian. 10 resp. « quod privilegium in bonis defuncti debitoris accepit » (D. 42. 5. 37); Marcianus l. sing. de delator. « privilegium nulla civitas habet in bonis debitoris » (D. 50. 1. 10).

(1) Questa ipotesi può verificarsi ogni volta che la *lex bonorum vendendorum* non menzioni nessun credito privilegiato, sicchè gli aspiranti alla compera non siano invitati a fare un'offerta distinta per tale categoria di crediti.

(2) A mio avviso, « venditis » c'è di più. Si noti l'errore della Fiorentina, che scrive *tutoribus* in luogo di *tutoris*.

(3) Qui o tutto l'inciso è spurio, o l'originale doveva avere « in bonis eius ».

(4) L'alterazione potrebbe consistere nell'aver sostituito « venierint » a *veneant*; ma vedi più avanti sotto il num. 5 la critica di tutto lo squarcio « et ante privilegia rell. ».

(5) Tanto più notabile è il linguaggio corretto in un passo che si dimostra alterato. Ved. più avanti il num. 14.

Pur ammettendo le alterazioni dei testi quasi come sono state determinate dal Naber, io esito a concludere che nell'epoca giustinianea i creditori privilegiati abbiano perduto il diritto di soddisfarsi sui beni del debitore durante la *missio*. Giustiniano (C. 7. 72. 10) ha ordinato che il possesso dei creditori duri almeno quattro anni prima che abbia luogo la *distractio*; e sarebbe stato molto opportuno conservare ai privilegiati il beneficio del pronto pagamento, di cui nell'epoca classica godevano allorchè la *venditio* era procrastinata oltre i brevi termini normali (1).

Anche se le alterazioni sopra indicate fossero emblemi e non glosse pregiustinianee, esse non costituirebbero una prova in senso contrario. Poichè ora i creditori non sono soddisfatti dal *bonorum emptor*, ma dal *curator bonorum* con la distribuzione del prezzo ricavato dalle operazioni di liquidazione del patrimonio; poichè, in altre parole, si è smesso di compiere una vendita in blocco, non è più pensabile una nota dei privilegi che sia inserita nella *lex bonorum vendendorum*, ma si terrà conto di essi nella ripartizione del prezzo .Per questa sola ragione Triboniano potrebbe aver corretto le locuzioni classiche, sostituendo i « bona vendita » ai « bona vendunda ». E noi dobbiamo riconoscere che di quelle frasi era opportuna una modificazione. Ma il legislatore bizantino, sia che le trovasse già emendate, sia che le abbia rettificate esso stesso, non ha voluto risolvere negativamente la questione se i creditori privilegiati possano essere soddisfatti a parte e prima che sia compiuta la liquidazione generale. D. 27. 3. 7. 1 è stato accolto nelle Pandette e non abbiamo motivo di credere che esso vi stia per errore e contro la volontà del legislatore.

(1) Pel diritto giustinianeo è cresciuto il peso di quella « mora venditionis bonorum » (D. 15. 1. 51), a cui già i classici o i postclassici badavano. Ved. vol. II, p. 121 sgg.

5. — Del privilegio accordato ai depositi bancarii si occupano D. 16. 3. 7. 2 (Ulp. 30 ad ed.) e 42. 5. 24. 2 (Ulp. 63 ad ed.), due testi, i quali sembrano e forse sono contraddittorii.

> Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.
>
> In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

Col fr. 7 § 2 Ulpiano dichiara che nel fallimento dei nummularii i depositanti vengono al primo posto e per ciò debbono essere soddisfatti « ante privilegia ». Al contrario nel fr. 24 § 2 afferma che i depositanti sono collocati « post privilegia »; non però insieme cogli altri creditori, « post privilegia potiorem eorum causam esse placuit ». Che se il deposito è usurario, « a ceteris creditoribus non separantur ». Tuttavia, se il denaro esiste ancora, il depositante potrà rivendicarlo e così andrà innanzi ai privilegi.

Radicale è la critica del BESELER (1). Egli elimina completamente il fr. 7 § 2; ma non tutte le censure hanno la stessa forza.

(1) *Beiträge*, V, p. 29 sgg.

Imbelle è l'osservazione che il contenuto del passo non rientra nel l. 30 ad edictum, ma nel capitolo sul concorso. Io giudico che, trattando del deposito, il l. 30 potesse indicare la situazione dei depositanti nel fallimento del banchiere.

Non vedo per quale motivo il giureconsulto avrebbe dovuto inibirsi di scrivere una volta tanto « foro cedunt » anzichè l'espressione tecnica « bona veneunt ». L'uso di « nummularii » in luogo di « argentarii » è per il Beseler sospetto; ma, poichè deve ammettersi, come diremo più oltre, qualche rimaneggiamento, la critica di singole parole non può giustificare la *tabula rasa* per tutto il passo.

« Primo loco ratio haberi » sarebbe meno preciso e chiaro di « potiorem causam esse » nel testo parallelo. Se avessero lo stesso significato, forse la chiarezza dell'uno gareggerebbe con quella dell'altro. Ma bisogna cercare se « primo loco rell. » alluda al *privilegium exigendi* del depositante o al suo diritto di rivendicare i « nummi extantes ».

Fondate sono le censure di *depositarius*, che torna in pochi luoghi sospetti (1), e di *depositas habuerunt*, che è latino volgare (per *deposuerunt*). Io aggiungo che, quando *depositariorum* è un termine di uso corrente per designare i depositanti, nessuno pensa a spiegarlo con « hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt ». Senz'altro diamo come probabili la restituzione « ...haberi eorum qui deposuerunt » e il glossema « depositarii vocantur qui depositas pecunias habuerunt » utilizzato nel rifacimento del testo.

Persuasivi sono anche gli appunti contro « non quas... exercebant ». *Non quas* in luogo di *quas non*; « faenore exer-

(1) Il BESELER cita il secondo dei nostri passi (D. 42.5.24.2) e D. 16.3.1.36 su cui ved. *Index interpolat.* Ma impuro è anche C. 4.32.19.4 (Diocletian.): ved. KRÜGER ad h. l. con MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolaz.*, p. 21 (estr. dal *Filangieri*, 1901), dove è ricordato anche il PACCHIONI; GRADENWITZ, *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 3, p. 13; PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 144, n. 6; SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione*, I, p. 156. Hanno il termine *depositarius* fonti bizantine: C. 4.34.12 (Iustinian.) e Iuliani Epit. Novell. 66. 1.

cebant » è barbarico; « apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos » (1) non è limpido; *exercebant* in luogo di *exercent*.

Di « et ante privilegia... » io avevo rilevato (2) la dubbia genuinità, perchè si riduce a una parafrasi del primo periodo. Il Beseler nota che la ripetizione è peggiorata dal tentativo di spacciarla come una conseguenza (*igitur*). La critica di « si bona venierint » fu espressa poco sopra (3). Il Beseler attacca pure « vel postea », perchè è vago; « acceperunt », perchè non è preciso in luogo di « pattuirono le usure » (4); « quasi » in luogo di « quia... videntur ». Più efficaci sono le osservazioni: che « ratio non habeatur » sembrerebbe negare ogni diritto ai depositari usurarii e che « renuntiaverint deposito » è una cattiva locuzione per un caso di mutamento di debito e non di rinuncia. Tuttavia il succo, che si ricava dalle frasi impugnate « non quas... exercebant-dummodo... deposito », è manifestamente classico: il privilegio competeva per i veri depositi, cioè per quelli che noi diciamo regolari, non per i prestiti fatti al banchiere.

Qualcuno voleva distinguere, forse tra le operazioni bancarie differenti dai depositi o nel campo stesso dei depositi.

(1) « Vel per ipsos » è sospettato dal Naber, op. cit., 34, p. 64 n. 6. Anche a me pare dubbia la spiegazione del Mitteis, *Zeitschr. Sav. St.*, 19. p. 207. Il Niemeyer. *Depositum irregulare*, p. 19 riferisce « apud mummularios » al mandato, « cum nummulariis » alla società, « per ipsos » al mutuo. Il Goldschmidt, *Zeitschr f. d. ges. Handelsrecht.* 35, p. 81 nell'espressione « cum nummulariis » intravede una specie di commenda; il Mitteis, loc. cit., un apporto in un negozio gestito sotto una ragione comune. Ipotesi tutte incerte e piuttosto azzardate.

(2) *Concorso*, 2, p. 49.

(3) Ved. p. 108.

(4) Ma è proprio sicuro che i classici non esigessero l'effettiva riscossione degli interessi? Il patto era nullo, perchè il deposito irregolare non era ammesso e nel mutuo avrebbe dovuto rivestire la forma della stipulazione; sicchè dalla mera convenzione degli interessi non derivava alcun effetto giuridico per il depositante. Ma il banchiere poteva di fatto pagare gli interessi e al fatto di averli ricevuti badava la giurisprudenza per escludere il depositante dal privilegio.

Un oscuro ricordo di tale disputa è conservato nel § 3 di D. 16. 3. 7.

> Item (1) quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. Et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.

La data di nascita dei crediti è nel concorso indifferente e non è immaginabile un ordine dei depositanti regolato da altro criterio che non sia quello cronologico; la questione « utrum... habeatur » è insulsa. Così ragione il Beseler e non mi pare che ragioni male. Ma una questione dovette esserci, poichè un rescritto imperiale l'ha risolta. Nè possiamo aderire all'opinione del Beseler che sul rescritto si fondi la preferenza dei depositanti irregolari, giacchè noi con Carlo Longo e con la dottrina dominante in Italia crediamo che il deposito irregolare non sia stato riconosciuto dal diritto classico. Siamo pertanto costretti ad ignorare quale fosse il dubbio sciolto dal rescritto e sommerso dalle interpolazioni giustinianee.

Più addentro nelle particolarità del concorso ci menerebbe D. 42. 5. 24. 2, se fosse impeccabile; ma la critica non l'ha risparmiato. Completo coi riferimenti alle osservazioni del Beseler ciò che ho scritto nel 1925 (2).

Il primo periodo parrebbe che discorresse dei depositi gratuiti (o regolari), poichè il secondo periodo, che parla manifestamente del deposito usurario, è congiunto al primo con l'avversativa *sed*. Ma allora che ci sta a fare l'*enim* (3)? Dal trattamento dei depositanti « qui usuras a men-

(1) Prima della questione introdotta con *item*, probabilmente il testo originario ne discuteva altre. Forse il tema del § 2 era più controverso che oggi non apparisca.

(2) *Concorso*, 2, p. 48 segg.

(3) Per il Beseler, loc. cit., « sed enim qui » è male scritto in luogo di « qui vero ».

sulariis acceperunt » (1), i quali seguono la sorte degli altri creditori, non si può con un *enim* argomentare il trattamento dei depositanti gratuiti, i quali hanno un diritto poziore di fronte ai chirografarii (2).

Infine l'ultimo periodo, che concede di rivendicare i « nummi exstantes », dovrebbe riguardare i depositanti gratuiti; ma, facendo seguito al periodo « sed enim qui depositis nummis rell », sarebbe grammaticalmente da riferire a tutti i depositanti (3).

È dunque innegabile che vi sia qualche disordine nel fr. 24 § 2. Volendo tentarne la restituzione, si potrebbe sospettare che fosse intruso il secondo periodo « sed enim... deponere », perchè rompe il nesso logico fra i due periodi « in bonis mensularii... » e « si tamen nummi... »; nel primo periodo Ulpiano insegnava che i depositanti vengono dopo i creditori privilegiati del *mensularius* (4), pur essendo preferiti ai creditori per altro titolo non privilegiato, e nell'ultimo periodo soggiungeva che « si nummi exstent », sia chiu-

(1) Anche qui il Beseler, loc. cit., è turbato da « acceperunt », ma ved. p. 112, n. 4.

(2) Secondo il testo giustinianeo i depositanti gratuiti sarebbero collocati « post privilegia ». Queste parole sono espunte del Beseler, loc. cit., il quale opina che i bizantini abbiano voluto usare un riguardo al fisco. Ma per amore del fisco non era necessario anteporre ai depositanti tutti i creditori privilegiati; bastava dire « post fiscum ».

(3) Così anche Siber, *Passivlegitimation bei d. rei vindicatio*, p. 79 sgg., il quale non trova nulla da obiettare nemmeno sostanzialmente, perchè, nel caso che siansi promessi gli interessi, il banchiere non diviene subito col deposito proprietario del denaro, ma è autorizzato ad usarne e, finchè ciò non accada, il denaro non mescolato resta proprietà del depositante come nel caso che non ci sia stata promessa di usure.

Tutto vero, ma il secondo periodo, dicendo che i depositanti « qui usuras acceperunt » non sono separati dagli altri creditori, suppone che il banchiere abbia fatto uso del denaro. E però, se grammaticalmente il terzo periodo si deve riferire anche al secondo, non è lecito alterare l'ipotesi che appunto è prevista nel secondo, insinuando un deposito semplice dove si tratta di un deposito usurario.

(4) Il Beseler, loc. cit., sostituisce *argentarii* a *mensularii*; ma non è chiaro il motivo per cui la « parola tecnica » sarebbe dispiaciuta ai postclassici o ai giustinianei.

si nei « sacculi » sia mescolati coi « nummi » di altri depositanti e dello stesso banchiere, potranno essere rivendicati (nell'ultima ipotesi con la « rei vindicatio pro parte ») dai singoli depositanti che ne hanno conservato la proprietà. I compilatori, o un commentatore più antico, hanno ritenuto di dover menzionare anche il caso del deposito usurario, che è un mutuo e per il quale sta il principio « aliud est credere, aliud deponere » (1).

Al caso di somme depositate e ancora distintamente esistenti presso il banchiere si riferirebbe pure il fr. 7 § 2, il quale, affermando che « solet primo loco ratio haberi eorum qui *deposuerunt* », non farebbe altro che ammettere la possibilità della rivendicazione del denaro depositato.

Criticando e interpretando, io avrei conciliato Ulpiano con sè stesso. Ma non m'illudo di avere sciolto ogni dubbio (2) e la mia conclusione sarà modestissima.

Ci basterà sapere che esisteva, come prova anche D. 16. 3. 8 (Papinian. 9 quaest.) (3), un privilegio dei depositanti

(1) Questa frase è spuria (cfr. Beseler loc. cit.), ma esprime un concetto genuino.

(2) Il Beseler, loc. cit., condanna tutto il passo da « sed enim » alla fine, per motivi che non sembrano sufficienti. Ingiusta è l'accusa rivolta ad *exstent* di non essere preciso, perchè esiste anche il denaro mescolato. Noi pensiamo che di questo il giureconsulto non intendesse escludere la *vindicatio* e che *exstent* si riferisca pure ad esso. Le obiezioni contro « futurum rell. » e « ante privilegia » sono immeritate; era opportuno che si desse risalto alla separazione di fronte al privilegio, perchè quella e non questo giovava anche nei depositi usurarii. Che « si tamen rell. » sia triviale è un rimprovero eccessivo. Comunque, chi l'enuncia ammette la classicità della *vindicatio*.

(3) Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

L'ultimo periodo « plane sumptus rell. » è giustinianeo. Esso presuppone in vigore la procedura della *distractio*. Nel sistema esecutivo classico si poteva provvedere e si sarà provveduto con la *lex bonorum vendendorum* al rimborso delle spese necessarie; ma un « bonorum calculus » che si determina dopo dedotte le spese, non è possibile con la vendita in blocco. Inoltre il *sumptus* è ricordato in maniera troppo vaga ed imprecisa. Io non saprei decidere se la giunta bizantina voglia riferirsi alle spese occorse durante la *missio in bona* o,

sulle facoltà (1) del banchiere fallito e che inoltre pei « nummi exstantes » essi avevano la *rei vindicatio*. Di questa si occupa la fine del fr. 24 § 2 con parole chiarissime; altri vi riporta anche il fr. 7 § 2 ed io m'accosterei a questa opinione (2). Ma, fossero pure i testi alterati o diversa l'interpretazione, non credo che si possa fondatamente negare la classicità della *rei vindicatio*.

Contro chi si dirigeva? Che potesse esercitarsi contro il *bonorum emptor* è indiscutibile. Ma a torto sostiene il SIBER (3) che solo contro di lui potesse competere l'azione. Essendosi chiuso nel dilemma — o il comun debitore o il *bon. emptor* — il Siber non ha pensato che potrebbe essere altresì convenuto il *curator bonorum*, ed è riuscito ad affermare che una preferenza di fronte ai crediti privilegiati può averla solo un'azione contro il *bon. emptor*. Al che noi con-

secondo il parere di Stefano (sch. 2 di Bas. 13. 2. 8), alle spese comunque erogate nei beni dell'*argentarius*. Infine *calculus* è una parola sospetta: ved. la mia nota nei *Rend. R. Ist. Lomb.*, 38, p. 307 sgg., i cui risultati non paventano le vociferazioni dei retori raccolte dal LANFRANCHI, *Il dir. nei retori romani*, p. 584.

(1) Su tutte le facoltà? Qualcuno potrebbe dubitare che siano interpolati *non* e *sed in omnibus fraudatoris facultatibus*, perchè « facultates » s'incontra in molti luoghi alterati. Ma l'asserzione (ALBERTARIO, DE FRANCISCI) che questa parola sia *sempre* sospetta, dimentica GAI. II. 154 « qui facultates suas suspectas habet », che col BESELER, *Tijdschr. v. Rechtsgesch.*, 10, p. 192 si può supporre ma non dimostrare alterato. Ved. le mie *Glosse a Gaio*, 3ª Puntata, negli *Studia et docum. hist. et iur.*, 6.

(2) Anche il SECRÈ, *Bull. dell'Ist. di D. R.*, 19, p. 198 sgg. è di avviso che, col sottintendere la « rei vindicatio » si riesca a spiegare la collocazione « primo loco ante privilegia » dei depositanti. Questa spiegazione, che piacque al CUIACIO, *In lib. IX Quaest. Papin.*, ad l. 8 depos. (*Opera* IV. 210) e a molti altri autori, ha il pregio di essere appoggiata dallo sch. 6 di Bas. 13. 2. 7; ed ha purtroppo il torto di costringerci a sottintendere non solo la *rei vindicatio*, ma altresì il requisito dell'esistenza dei *nummi* di cui tace il fr. 7 § 2. Il VANGEROW, *Pandekten*, III, p. 227 la stimava pure inconciliabile col § 3 dello stesso fr. 7; ma nè la decisione « et constat simul admittendos » è sicuramente genuina nè è assodato che si applicasse alla *rei vindicatio*.

(3) *Op. cit.*, p. 80 sgg. Cfr. KÜBLER, *Zeitschr. Sav. St.*, 29, p. 483. Già l'ERMAN, stessa *Zeitschr.*, 13, p. 213, n. 2, alla questione come si attuasse nella *bon. venditio* il diritto di separazione delle azioni reali, rispondeva: mediante la concessione delle formule reali contro il *bon. emptor* senza la clausola della percentuale.

trapponiamo: anche un'azione contro il *curator bonorum* o i creditori immessi nel possesso. Ciò è logico, data la norma che esisteva per i privilegi: sarebbe strano che i rivendicanti, i quali hanno un diritto più forte, fossero costretti ad aspettare la *venditio bonorum*, mentre i creditori privilegiati si fanno pagare durante la *missio*. Ciò è anche dimostrato dai termini in cui il fr. 24 § 2 pone la questione: « in bonis mensularii *vendundis* ». Della *rei vindicatio*, come del privilegio, si discute in relazione a beni da vendere.

Il SIBER è poi caduto in un equivoco (1), affermando che nella forma attuale il passo tratti di una *vindicatio* contro il debitore comune, ossia contro il debitore che ha ricevuto il deposito. Il romanista di Lipsia giudica le parole « a depositariis », che a ciò si riferiscono, così improprie, da non potersi nemmeno mettere a carico dei compilatori ma da doversi riguardare come un glossema. Non giova riprodurre le critiche che, movendo da questa considerazione, fa l'acuto scrittore, poichè è errato il punto di partenza (2). Se egli avesse tenuto presente D. 16. 3. 7. 2-3, avrebbe visto che qua *depositarius* non è colui « qui depositum suscepit », ma colui « qui deposuit », il depositante.

Ad ogni modo, persuasi che in entrambi i significati, per il deponente come per il depositario, *a depositariis* di D. 42. 5. 24. 2 non è classico, dobbiamo astenerci dal farne la base di un ragionamento in qualunque senso. Lasciato da parte il fallito, a cui nessuno può pensare di rivolgersi per i privilegi concorsuali, è probabile che il fr. 24 § 2 consenta una *rei vindicatio* contro la massa fallimentare.

6. — Azioni personali privilegiate e azioni reali sono proponibili durante la *missio in bona* contro l'amministratore

(1) Ved. contro anche PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 144 n. 6.

(2) Anche il *Vocabularium iurispr. rom.* sub. v. *a*, I. 31, lin. 7-8 ha commesso il medesimo errore, intendendo per « a depositariis » il soggetto passivo della *rei vindicatio*.

interinale dei beni: ciò sembra risultare dai passi studiati. Cerchiamo di raccogliere altre prove in favore di questa dottrina.

Sopra (1) abbiamo esaminato D. 19. 5. 10 (Iavolen. 13 epistul.). Poichè, venduti i beni dai creditori dell'erede, la legataria dell'usufrutto regola i suoi rapporti col *bonorum emptor*, il testo sarebbe indifferente per la nostra ricerca. Ma è naturale che la legataria, ove il procedimento esecutivo si trascini a lungo, reclami per sè il godimento del quasi-usufrutto. Nè alcuna difficoltà potrebbero avere i creditori dell'erede, e per essi il curatore, di costituirlo. Quale interesse e quale diritto avrebbero di rifiutarvisi? La *stipulatio* di restituire il « tantundem, cum usus fructus ad legatarium pertinere desierit » — la quale non sarà sempre dimenticata « per ignorantiam » — rappresenterà un cespite alienabile del patrimonio dell'erede. Il fr. 10 non prova certo che la dottrina, secondo cui le azioni reali si possono esercitare durante la *missio in bona*, sia stata adottata dai giureconsulti romani; ma esso prova per lo meno che codesta dottrina è utile e pratica.

7. — Che nell'epoca giustinianea le azioni reali fossero esperibili contro i creditori immessi nel possesso, potrebbe risultare anche dal Pap. Cair. 27026.

Il documento nei due esemplari *A* e *B* contiene la traduzione di un rescritto latino (2). Dioskoros e la di lui sorella sono stati sotto la φροντίς del loro zio materno, Apollo. Mor-

(1) Ved. vol. II, p. 87 sgg.

(2) Ciò è dimostrato dal PARTSCH, *Neue Urkunden zum justin. Reskriptenprozesse* in « Nachrichten v. d. K. Gesellschaft d. Wissensch. zu Göttingen — Phil. hist. Kl. 1911 ». L'opinione del DRUFFEL, *Papyrol. Studien zum byzant. Urkundenwesen*, p. 74 sgg., che, al pari dell'editore I. MASPERO, ritiene i documenti del Cairo bozze presentate dalle parti alla cancelleria imperiale per facilitare la più rapida stesura dei rescritti, non regge alla critica. Cfr. WEISS, *Lit. Zentralblatt*, 1915, 725.

to costui, i creditori si sono impossessati dei suoi beni (1); e, poichè nella massa si trova anche il patrimonio ereditato dalla madre dei petenti, essi ne reclamano la restituzione. Con quale azione?

Il PARTSCH (2) ritiene che Dioskoros agisse per la divisione (*actio familiae erciscundae*) contro i creditori nella loro qualità di successori del condomino defunto. Ciò è contrastato dal PETERS (3), il quale obietta che anche nel diritto giustinianeo l'*a. familiae erciscundae* ha luogo solo « inter heredes » (Inst. 3. 27. 4). Ma quest'osservazione non ha valore, come prova, a tacer d'altro, il frammento di Giavoleno. Azioni, che competono contro l'erede, possono essere esercitate contro il *bon. emptor*, il *curator bonorum*, i creditori immessi nel possesso dei beni dell'erede. Per conto suo il PETERS ritiene che forse si sia fatto valere il credito privilegiato della tutela. Se questa interpretazione fosse esatta, noi avremmo nel papiro un testo parallelo a D. 27. 3. 7. 1, dal quale è mossa la nostra disamina (4). Per altro le parole del rescritto non mi pare che suffraghino la congettura del PETERS (5). Al contrario, che l'azione intentata sia la *rei*

(1) Nella parte narrativa del rescritto si racconta che dopo la morte di Apollo

τοὺς Ἰουλιανῷ τῷ ἐνδοξοτάτῳ προσήκοντας ἐπελθεῖν καὶ ἀφελέσθαι πᾶσαν τὴν ὑπ᾽ ἐκείνου καταλειφθεῖσαν περιουσίαν, φάσκοντας τὸν προειρημένον Ἀπόλλω ὑπεύθυνον αὐτοῖς τελευτῆσαι.

Che quelle persone (di cui non si conosce bene il rapporto col pagarca Giuliano) affermassero di essere creditori del defunto, è detto esplicitamente. Ma non è chiaro se esse avessero ottenuto la *missio in bona*. Cfr. PARTSCH, *op. cit.*, p. 228.

(2) *Op. cit.*, p. 228.

(3) *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 306.

(4) Ved. sopra p. 103.

(5) Bisognerebbe altresì risolvere in senso affermativo la questione se nel diritto giustinianeo i creditori privilegiati potessero far valere le loro ragioni prima della vendita. Il che non mi dispiacerebbe, essendo io riluttante ad ammettere che le alterazioni vedute dal NABER nei testi riferiti sotto il n°. 4 di questo capitolo abbiano la portata presunta dal romanista olandese.

vindicatio o per lo meno l'*a. fam. erciscundae*, è dimostrato dall'ordine dell'imperatore.

Θεσπίζομεν τοίνυν τὴν ἐνδοξότητα τὴν σὴν μέρος ἑκάτερον ἀγαγεῖν, καὶ ἐξετάσαι τὰ παρὰ τοῦ ἱκέτου λεγόμενα, καὶ κατὰ τούς νόμους αὐτῷ τε καὶ τῇ αὐτοῦ ἀδελφῇ τὴν τῶν μήτρώων αὐτῶν πραγμάτων ἀποσῶσαι δεσποτίαν, κατὰ τὴν ἁρμόσασαν ἐκείνῃ μοῖραν τῆς τῶν γονέων περιουσίας, μετὰ πάσης νομίμου ἐπαυξήσεως, καὶ μὴ συγχωρῆσαι τοῖς ὑπεύθυνον λέγουσιν ἔχειν τὴν περιουσίαν τοῦ τῶν ἱκετῶν θείου συναναλαμβάνειν καὶ τὰ ἐκ μητρὸς τοῖς ἱκέταις ἁρμόσαντα πράγματα·(1) κἂν γαρ εἰ μεταξὺ αὐτῶν οὐδαμῶς νεμήσεις γεγόνασιν, ἀλλ' οὖν οὐ παρὰ τοῦτο τὸ μέρος τοὺς ἡμῶν δεηθέντας ἀδικεῖσθαι καθ' οἱονοῦν βουλόμεθα τρόπον.

Il PETERS opina che la più precisa interpretazione dipenda dal significato che si attribuisce alla parola φροντίς; ma pel diritto giustinianeo, che la si riferisca alla tutela o alla cura, è indifferente. Anche il curatore amministra i beni dell'adulto negli stessi limiti e con le medesime facoltà del tutore; e il precetto della Nov. 72 cap. 1, 3, 4, per cui deve essere escluso dalla cura chi abbia rapporti di credito o debito col minore, vale anche per la tutela propriamente detta (vedi il proemio della Novella e i cap. 2 e 3). Ne segue che, essendo il papiro certamente posteriore all'a. 538, in cui fu emanata la Nov. 72 (2), se questa si crede applicabile al caso della comunione, la divisione dell'eredità dovrebbe essere avvenuta prima che lo zio di Dioskoros assumesse la tutela o la cura. Ma, senza fermarsi all'ipotesi che la tutela o la cura sia stata assunta contro il precetto della Nov. 72 da chi non aveva cessato di esser condomino (3), si può ragionevolmente dubitare che il rapporto di condominio fosse equiparato ai rapporti obbligatorii, dei quali si occupa la Novella giustinianea.

(1) Qui il MASPERO ed il PETERS pongono una virgola, mentre sostituiscono un punto dopo γεγόνασιν. Ma, qualunque punteggiatura si adotti, il passo κἂν γὰρ εἰ..... γεγόνασιν zoppica. Cfr. PETERS, op. cit., p. 307. Con questo autore io credo che si possa intenderlo in senso ipotetico, tanto da ammettere che la divisione sia già avvenuta.

(2) Cfr. PARTSCH, *op. cit.*, p. 217 sgg.

(3) Così il PARTSCH, *Arch. f. Papyrusforsch.*, 5, p. 520, n. 1, il quale concede al PETERS che la divisione avrebbe dovuto aver luogo prima della nomina a curatore, ma obietta che il petente appunto afferma che ciò che avrebbe dovuto accadere non è avvenuto. Io contesto l'applicabilità della Nov. 72, perchè il conflitto di interessi, che fra creditore e debitore è immanente, tra condomini è soltanto eventuale.

Nell'esemplare *B* si legge fra le righe un'osservazione, che, se fosse vera, dimostrerebbe infondata la pretesa dell'attore (1). Io non riesco a capire come il PETERS abbia potuto avvalersi di quell'aggiunta per affermare che il testo *B* sia giuridicamente il più corretto. L'aggiunta in questione non si limita a dire che l'eredità era già stata divisa qualche tempo prima della morte dello zio di Dioskoros, ma asserisce altresì che la porzione materna era stata restituita ai petenti, i quali per codesti beni avevano già pagato le imposte (2). La congettura del PARTSCH, che un'annotazione circa le affermazioni defensionali del convenuto (3) sia stata dall'attore segnata nell'esemplare della traduzione del rescritto annesso al proprio fascicolo degli atti della causa, ha molta verosimiglianza. Comunque, è chiaro che, provata la restituzione della quota ereditaria, cadrebbe l'affermazione degli attori che i beni materni siano compresi fra quelli posseduti dai creditori dello zio Apollo. In pari tempo il tenore della difesa opposta dai convenuti lascia intendere che fra le parti si discuteva se la restituzione fosse stata eseguita; il che sembra più proprio di una lite sulla *rei vindicatio* che non sull'azione divisoria. Il pagamento delle imposte alla sua vol-

(1) Τοῦτον δὲ πρὸ φανερῶν χρόνων τῆς αὐτοῦ [τε]λευτῆς παραδιδόναι Διοσκόρῳ.. .. στ. αυ τοῖς ἡμετέροις ἱκέταις, τὰ ἁρμόσαντα αὐτοῖς [ἐ]κ τῆς μητρώας κληρονομίας τοῦδε *χράγματά* τε καὶ ἐπαυξήματα, ὑπὲρ ὧν μέχρι [νυν?] συντελοῦσιν το[ὺς δη]μοσίο[υς φό]ρους.

(2) Per il diritto finanziario egiziano valeva il principio che quegli paga le imposte il quale ha raccolto le rendite. Cfr. PREISIGKE, *Griech. Papyrus d. K. Universitäts — und Landesbibliotek zu Strassburg*, p. 89. La regola è identica per C. 10. 16. 2 (Valerian. et Gallien.) « ...annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit ». In alcuni luoghi imperavano norme diverse: cfr. D. 26. 7. 32. 6 (Modestin. 6 resp.).

(3) Cfr. anche *Archiv* cit., p. 530.

ta, se può provare che sui registri si era preso nota del mutamento di proprietario in seguito alla divisione, non toglie che lo zio nella sua qualità di φροντιστής abbia potuto continuare a tenere il possesso di tutti i beni.

Pur tra i dubbi che ne affaticano l'esegesi, mi è parso che con qualche probabilità il papiro del Cairo potesse da noi essere richiamato per offrire un esempio di azione reale esercitata contro i creditori immessi nel possesso.

8. — Il papiro appartiene all'età giustinianea e non è sicuro che si riferisca ad un'azione reale contro i creditori legalmente immessi nel possesso; mentre il problema più grave, che gioverebbe risolvere, è se per diritto classico la *rei vindicatio* potesse sperimentarsi contro i creditori immessi nel possesso dei beni. Poi per accertare il diritto giustinianeo bastano due leggi delle Pandette: D. 6. 1. 9 (Ulp. 16 ad ed.) e 10. 4. 5. 1 (Ulp. 24 ad ed.) (1). E tanto meglio se fossero interpolate nel punto che ci riguarda; l'intenzione del legislatore bizantino ne risulterebbe anche più chiara.

> Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.
>
> Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. Inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.

(1) Cfr. anche C. 7. 73, 1 (Antonin.). È il solo testo citato dalla dottrina comune per la separazione dei diritti reali dei terzi dai beni del debitore (cfr. Rocco Al., *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 890). Si potrebbe aggiungere C. 4. 12. 2 (Diocletian.), che parimenti riconosce alla moglie il diritto di separare i propri beni da quelli del marito. Ma, poichè nel rescritto di Antonino si tratta di « bona ob reliqua administrationis primipili a fisco occupata » e nel rescritto di Diocleziano si parla di « res quae a fisco occupatae sunt », essi riguardavano la procedura *extra ordinem*.

Varie sono le rilevazioni degli studiosi (1) e non possiamo discuterle minutamente. La critica estrema del Beseler (2) giunge al risultato: nè *rei vindicatio* nè *actio*

(1) Oltre i citati dall'*Index interpolat.* e Supplem. I, cfr. Perozzi, *Istituzioni*², I, p. 718 n. 2; Biondi, *Studi Bonfante*, IV, p. 84. Ved. pure sopra vol. I, p. 32.

(2) A cui aderisce la Lepri, *Missiones in possessionem*, p. 17, n. 1. Ella trova « singolare » che io « non ammetta alterazioni nell'elenco dei detentori ». Ma veramente in *Concorso*, 2, p. 66 io ho scritto che vi sono indizi per ritenere che « l'enumerazione dei detentori in D. 6. 1. 9 fu messa insieme dai Giustiniani ». La mia opinione è stata falsata per poterla dire singolare.

« Ancora più singolare », così pensa la Lepri, è che, mentre reputo opera dei compilatori il periodo « puto... posse », io mi accosti invece al Kübler che ammette la legittimazione passiva nei *missi in possessionem*. Qui è massimo lo sviamento logico del mio censore. Nel 1925 io ho detto che l'ultimo periodo del fr. 9 è probabilmente compilatorio e nel 1940 (rettificando, perchè *puto* è il linguaggio dello studioso, non del legislatore) dirò che appartiene ad un glossatore; ma ciò ho detto e dirò, in quanto giudico aberrante dal diritto classico l'affermazione che *tutti* e *sempre* i detentori siano passivamente legittimati alla *rei vindicatio*. Non per questo sono obbligato a credere che *nessun* detentore avesse quella legittimazione. E poichè i testi sopra esaminati mi sembravano e mi sembrano appoggiare il dubbio che i *missi rei servandae causa* fossero convenuti con le azioni reali, ho concluso e concluderò che « il nostro studio parrebbe favorire in certo modo la congettura del Kübler ». Resta a vedere se la favorisca per tutti i *missi* o per alcuni. Io ragiono dei *missi rei servandae causa* e non intendo occuparmi degli altri. Ma, di passata, osservo che l'obiezione della Lepri è inconcludente. I legatarii erano « simul in possessione » con l'erede e la Lepri dichiara di non capire perchè il proprietario dovesse

ad exhibendum contro i semplici detentori. Limitandoci al caso del *missus*, troppo ignoriamo del procedimento di concorso nell'epoca classica per potere asseverare che il proprietario delle cose eventualmente comprese nei « bona possessa » non avesse alcun mezzo di ripeterle da colui che « rei servandae in possessione sit ». Lo sguardo, che nelle pagine precedenti abbiano gettato sui rapporti processuali dell'antico diritto e sui pochi testi che ce ne hanno conservato un pallido ricordo, non accredita la tesi radicalmente negativa. Intanto è quasi certo che le azioni privilegiate si potevano far valere durante la *missio in bona*. Saranno rimaste indietro le azioni reali? Non mi sembra razionale, nè mi turba un'obiezione, come quella dal BESELER (1) mossa al LENEL, che le considerazioni razionali non sono argomenti di storia del diritto. Chi vuole ricercare la storia dei dogmi giuridici non può fare interamente divorzio dalla dialettica. È verosimile che colui, il quale poteva opporsi con la forza al possesso del creditore, se « rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris » (2), non avesse modo di ripetere giudizialmente la cosa propria avanti che fosse compiuta la *bonorum venditio?*

La risposta a queste domande dovrebbero darcela le fonti genuine. Poichè D. 6. 1. 9 è interpolato, noi non abbiamo una risposta testuale; nè possiamo sostituirla con la restituzione tentata dal BESELER (3), sia perchè egli stesso ce la presenta come una fra innumerevoli possibilità, sia perchè la ricostruzione, e proprio nel punto che ci tocca da vicino,

rivendicare la cosa dai legatarii invece che dall'erede. Comincerà a capire, se rifletterà che il proprietario vuole riprendere la sua cosa libera dal possesso dell'erede e dalla detenzione dei legatarii e l'erede solo convenuto non potrebbe restituirgli più che il suo possesso.

(1) *Beiträge*, II, p. 128.

(2) Cfr. D. 43. 4. 1. 4, su cui vol. I, p. 161.

(3) *Op. cit.*, II, p. 6.

è attaccabilissima. Ecco la chiusa del fr. 9 secondo il Beseler:

> denique Iulianus ait ne ab eo quidem, qui rei servandae vel legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione sit, vindicari posse.

Ora nei Digesti la l. 9 non ricorda la « rei servandae causa ». Anche il SECKEL (1) suppone che i compilatori ne abbiano cancellata la menzione. Ma perchè l'avrebbero soppressa? Non hanno i commissarii giustinianei, secondo il BESELER, interpolato D. 10. 4. 5. 1, che accorda *l'actio ad exhibendum* contro il « missus rei servandae causa »? Io penso col KUEBLER (2) che, se la *missio rei servandae causa* fosse stata nominata da Ulpiano cogli altri casi di detenzione, i compilatori l'avrebbero lasciata stare e piuttosto la sua omissione sia un indizio che l'enumerazione dei detentori in D. 6. 1. 9 fu messa insieme dai postclassici o dai giustinianei (3). Essendo probabilmente di un glossatore l'ultimo periodo « puto-posse », ciò che Ulpiano aveva scritto non si potrà mai sapere con certezza. Tuttavia il nostro studio parrebbe favorire in certo modo la congettura del KUEBLER (4), il quale ritiene che, dato il contesto del passo, si debba ammettere, contrariamente all'avviso del SIBER, che Ulpiano riconosceva nella *rei vindicatio* la legittimazione passiva degli « in possessionem missi » (5).

(1) In HEUMANN, *Handlexicon*, sub v. « vindicare ». Cfr. anche LENEL, *Grünhut's Zeitschr.*, 37, p. 540; RICCOBONO, *Zeitschr. Sav. St.*, 31, p. 337, n. 2; PETERS, *Zeitschr. cit.*, 32, p. 212, n. 3; RAMADIER, *Missio*, p. 57, n. 2.

(2) *Zeitschr. Sav. St.*, 29, p. 486.

(3) Cfr. DE RUGGIERO, *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 19, p. 54. Un indizio di rifacimento è anche « ventrisve nomine », di cui io ho escluso la genuinità: ved. vol. I, p. 32.

(4) *Op. cit.*, p. 487. Ved. anche RICCOBONO, *Zeitschr. Sav. St.*, 31, p. 351. Contrario è SECKEL, il quale ritiene che nel testo ulpianeo i possessori protetti dagli interdetti fossero contrapposti agli « in possessionem missi ». In tal senso anche PETERS, *op. cit.*, p. 212.

(5) La polemica del SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, p. 31 sgg. contro la tesi che il debitore possa costringere i creditori a « discedere »

9. — Se non che al bisogno basta che contro il « missus rei servandae causa » competa l'*actio ad exhibendum*. L'accorda infatti D. 10 4. 5. 1. Il BESELER (1), tratto dalla sua tesi che senza esibizione non è possibile *rei vindicatio* dei mobili e fondandosi sulla ricostruzione proposta per D. 6. 1. 9, decide che il frammento non è genuino, perchè, esclusa la *rei vindicatio* contro il *missus*, appare improponibile contro di lui anche l'*a. ad exhibendum*. Invece il LENEL (2) nega che tale conclusione dalla legittimazione passiva nella *rei vindicatio* a quella nell'*a. ad exhibendum* abbia alcun appoggio nelle fonti.

Che il fr. 5 § 1, su cui invano esercitarono l'ingegno altri scrittori (3), sia un luogo difficilissimo, è fatto palese dalla stessa interpretazione del LENEL (4).

Il caso ivi previsto dovrebbe essere così raffigurato. Nelle mani di Tizio si trova una cosa appartenente ad Aulo (per es. prestatagli da costui). Mediante una *missio in bona Titii* od un usufrutto da lui lasciato questa cosa è col patrimonio di Tizio pervenuta nella mani di Numerio; contro cui Aulo intenta l'*a. in rem*. Numerio ha negato il possesso ed Aulo ha promosso l'*a. ad exhibendum* ed ottenuto l'*arbitrium de exhibendo*. Si domanda « quatenus exhiberi oporteat ». La questione, se *exhibere* si intendesse qui nel significato ordinario, di fatto, non avrebbe senso; perchè col procurare e presentare una cosa non si può fare in nessuna maniera che *alter possideat alter in possessione sit* (o) *utatur fruatur*. Ma occorre ricordare che lo scopo dell'*a. ad exhibendum* è di stabilire la legittimazione passiva, la posizione che il convenuto ha di fronte all'azione reale. La domanda « quatenus exhiberi oporteat » significa: quale posizione ha da prendere il convenuto riguardo alla *res exhibita* di fronte all'*a. in rem*. E la risposta suona: l'esibizione ha il significato dato dalla causa della detenzione. La *possessio* non è in questione fra le parti; non è pretesa dal convenuto, nè un terzo che la possa pretendere è comparso. Per trasmettere il possesso all' attore non è necessario un *duci* o un *ferri iubere*, giacchè non v'ha nessuno che lo possa ritenere. Il *missus* e l'usufruttuario, che hanno esibito, possono ancora difendere soltanto la posizione che essi reclamano per sè: l'*in possessione esse* e l'*uti frui*. Se non la difendono, occorrerà una *translatio possessionis* solo rispetto ad essa e analogamente si conformerà la cauzione che l'attore deve prestare al convenuto.

L'acuta esegesi, che qui ho letteralmente riferito, procede dall'opinione del LENEL, per cui la dottrina di Pegaso o, mettiamo pure, di tutti i giureconsulti classici, che nega ai semplici detentori il diritto di difendere nell'azione reale, non avrebbe messo il rivendicante in una condizione più incomoda, ma in una migliore di quella fattagli dalla dottrina che riconosce la legittimazione passiva dei detentori. Questi, secondo la dottrina Pegasiana, potevano e dovevano essere convenuti con l'*a.* ad *exhibendum*.

Qui non possiamo indugiare nella sottile disamina dei rapporti tra la *rei vindicatio* e l'*a. ad exhibendum* (1). Contentiamoci di avvertire che la ricostruzione del fr. 5 § 1, quale congettura il BESELER, è certamente sbagliata (2). As-

dai beni con la *rei vindicatio*, non ci tocca. I ragionamenti, che egli fa a questo riguardo (su cui cfr. LENEL, *op. cit.*, p. 542, n. 47), non si applicano alle rivendicazioni proposte dai terzi contro la massa fallimentare. Del resto cfr. LAST, *Jahrb. f. die Dogmatik*, 62, p. 138 sgg., il quale esamina varii testi che proverebbero la legittimazione passiva del detentore nella *rei vindicatio*, anche quando la causa della detenzione consista in un rapporto con lo stesso rivendicante.

(1) *Op. cit.*, I, p. 21.

(2) *Op. cit.*, p. 544, n. 49. Contro LAST, *op. cit.*, p. 120 sgg.

(3) Cfr. SIBER, *op. cit.*, p. 147; ARANGIO RUIZ, *Archivio giur.*, 82, p. 444.

(4) *Op. cit.*, p. 549 sgg. Cfr. anche LAST, *op. cit.*, p. 125 sgg.

(1) Al LENEL aderisce il RAMADIER, *Missio*, p. 57, n. 2.

(2) Tuttavia è probabile che il fr. 5 § 1 sia alterato: nota il BESELER, *op. cit.*, p. 22 che il duplice « is cum quo agetur » si rivela spurio per il modo di « agetur » (cfr. « qui usum fructum habeat »).

Avverso l'opinione del Beseler (p. 24), che il SIBER abbia distrutto l'ap-

sume egli che il passo, dove ora si legge il bizzarro « quatenus hos oporteat exhibere », menzionava la *rei vindicatio*, la quale doveva essere promossa contro il possessore nel cui nome il *missus* detiene. La fine del frammento originario avrebbe fatto parte di una descrizione del modo col quale un possessore per mezzo d' altri, convenuto con la *rei vindicatio*, adempie l'ordine di restituire.

Disgraziatamente non c'è modo di esercitare la *rei vindicatio* contro un debitore latitante o assente, nei cui beni sono stati immessi i creditori. O il rivendicante può convenire il *missus* o dovrà attendere il compimento della *venditio bonorum*.

10. — Altra volta (1) io ritenni di poter argomentare anche da D. 42. 5. 9. 3 (Ulp. 62 ad ed.). Ma, per una ragione che non è quella messa innanzi da un altro critico, mi sono convinto che l'accenno all'*actio noxalis* (2) nel passo ulpianeo sia interpolato.

parenza in D. 42. 5. 24. 2 della concessione di un'azione reale contro il detentore in nome d'altri, vedi sopra p. 116 sgg.

Lo STINTZING, *Festschrift Wach*, II, p. 332, n. 1 ha omesso di cercare una conciliazione fra D. 10. 4. 5. 1 e la propria teoria, per cui l'« in possessionem missus » faceva valere la sua *missio* mediante eccezione contro l'« interdictum quem fundum ».

(1) Ved. *Concorso*, 2, p. 53 sgg.

(2) Per avvalersi di un frammento sull'*a. noxalis* non è necessario sostenerne l'affinità con le *actiones in rem* (ved. contro BETTI, *Diritto romano*, I, p. 557, n. 8; BRANCA, *Atti della R. Accademia Peloritana*, 40, p. 18 sgg.). Poichè la responsabilità del convenuto è sempre limitata alla perdita del suo potere sul colpevole, la legittimazione del *curator bonorum* nell'*a. noxalis* sarebbe favorevole alla legittimazione nelle azioni reali e nell'azione che giova spesso a prepararle, l'*a. ad exhibendum*.

Il parallelo fra l'*a. noxalis* e l'*a. ad exhibendum* è tradizionale nella letteratura: cfr. GIRARD, *Nouv. rev. hist. de droit*, 12, p. 35, n. 3 [= *Mélanges*, II, p. 358, n. 1]. Ma esso ha acquistato un rilievo particolare dopo che il LENEL, *Grünhut's Zeitschr.*, 37, p. 520 sgg., con una dimostrazione che il BESELER, op. cit., II, p. 128 sgg. non mi pare sia riuscito a distruggere (contro entrambi polemizza STINTZING, op. cit., II, p. 315 sgg.), ha messo in chiaro i rapporti tra l'*a. ad exhibendum* e la rivendicazione delle cose mobili. (Studia le applicazioni della teoria leneliana alle azioni nossali PISSARD, *Études offertes a P. F. Girard*, I, p. 246 sgg.).

> His verbis *ad quem ea res pertinet* etiam (1) curator bonis distrahendis datus continebitur et ipse debitor, si contigerit, ne bona eius veneant. Et ipsi itaque creditori adversus hos dabitur actio, quos enumeravimus, sive quid in fructibus percipiendis erogavit sive in familia alenda curandave praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo vel servo noxali iudicio defenso, si modo non magis eum expedit dedere quam retinere: quod si dedere expedit, consequens erit repetere eum non debere.

Come fossimo sicuri che la chiusa « si modo... debere » è genuina, sarebbe dimostrato (2) che il creditore immesso nei beni del debitore aveva il potere di dare il servo in nossa. Ma la forma « si modo » con l'indicativo è sospetta e, ch'io sappia, nessun altro luogo delle fonti accorda ai singoli creditori la facoltà di alienare le cose del *fraudator* (3). La *noxae deditio* è un'alienazione, alla quale si può dubitare che sia autorizzato il creditore; mentre è innegabile in date circostanze il suo interesse di evitare la *ductio* del servo e la difesa del « servus praesens » è libera a tutti « cum satisdatione » (4).

Un'esegesi prudente dovrà quindi limitarsi ad argomentare dalla frase « vel servo noxali iudicio defenso ». Se non che essa pure è stata attaccata dalla critica. È parso al RAMADIER (5) che l'intervento dei compilatori si manifesti in un'irregolarità dello stile. Ulpiano indica per qual fine ciascuna spesa è fatta e correttissimamente esprime questo pen-

(1) Su questa parola e su « distrahendis » ved. vol. I, p. 200, vol. II, p. 39 sgg.

(2) In quanto il primo *eum* al pari del secondo dovrebbe rappresentare il creditore. Ma il nome « creditori » è molto lontano e questo difetto stilistico potrebbe aggravare il sospetto di cui parlo in seguito.

(3) Per la vendita dei frutti provvedeva un editto speciale: ved. vol. I, p. 181 sgg. In caso di urgenza la vendita di singole cose del debitore era attribuita al *curator bonorum*: ved. vol. II, p. 12 sgg.

(4) Cfr. LENEL, *Edictum*[3], p. 162.

(5) *Missio*, p. 103 sgg.

siero con un sostantivo seguito da un participio futuro passivo; ma i compilatori, volendo aggiungere un esempio alla sua enumerazione, hanno distrutto l'eleganza della frase con un participio passato, che indica il risultato della spesa in luogo di segnare il fine perseguito. Cosicchè, secondo l'avviso del Ramadier, tutta la chiusa del fr. 9 § 3 dovrebbe essere opera dei bizantini e un *defenso*, invece di un *defendendo*, starebbe a dimostrare l'interpolazione di una lunga frase, che i commissari avrebbero aggiunto senza motivo (1).

Nè la critica all'espressione del frammento è giusta. Il Ramadier non ha penetrato la causa per cui sarebbe con l'azione nossale convenuto il creditore immesso nel possesso. E neppure ha visto che « in fructibus percipiendis, in familia alenda curandave (2) praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo » si tende ad un fine, che necessariamente implica una spesa o l'assunzione di un'obbligazione; ma in « servo noxali iudicio *defendendo* » la spesa non si verifica, se il difensore è assolto, e soltanto se il giudice si convince che la pretesa dell'attore è fondata o se il convenuto la riconosce spontaneamente, quando cioè la difesa giudiziale è un fatto compiuto — « noxali iudicio *defenso* » — il creditore sborsa denaro per evitare la consegna del servo. Qua dunque, ammessa l'esperibilità dell'*a. noxalis* durante il possesso dei creditori, bisognava che Ulpiano accennasse al risultato e non al fine.

Ma poteva l'azione nossale intentarsi nel tempo della *missio*, se non contro i creditori ai quali è dubbio che competesse la facoltà della *noxae deditio*, per lo meno contro il *curator bonorum?* Il regresso, consentito al creditore che ha difeso il servo, proverebbe, se fosse genuino, che la *defensio servi* è ritenuta costituire un interesse della massa. Per altro i creditori non hanno l'interesse di difendere il servo a qualunque costo; essi devono poter scegliere fra il pagamento della pena e la *noxae deditio*. Il curatore che li rappresenta e a cui non manca la facoltà di alienare (1), compirà la *noxae deditio*, se reputerà che il servo non valga l'ammontare della riparazione pecuniaria dovuta all'attore.

È anche vero che, se non fosse data contro il *curator bonorum*, l' azione nossale durante la *missio* non sarebbe esperibile. I creditori sono stati immessi nel patrimonio di un latitante, di un assente, di un morto che non ha eredi; la vittima del delitto non potrebbe chiamare « in ius » un latitante, un assente, un morto. O l'*a. noxalis* — e prima l'*a. ad exhibendum* per chiedere la presentazione dello schiavo « in iure » — è esperibile contro il curatore, o sarà d'uopo aspettare che vi sia nel *bonorum emptor* un nuovo titolare del patrimonio.

Ho voluto precisamente descrivere la situazione del creditore nell'*a. noxalis*. Ora posso concludere che, non essendo privilegiato, egli dovrà come gli altri attendere la fine del procedimento. Il *iudicium noxale* col *curator bonorum* viola la *par condicio creditorum*, perchè il curatore sceglierebbe fra l'intera *litis aestimatio* e il valore del servo, mentre il *bonorum emptor* potrebbe liberarsi pagando la percentuale della *litis aestimatio* ed è verosimile che questa percentuale il più delle volte costituisca il sacrificio minore. Così il valore del servo resterà nel patrimonio a garanzia comune di tutti i creditori.

(1) Pel RAMADIER, *op. cit.*, p. 162 sgg. il motivo risiederebbe in un'innovazione di Giustiniano, che, estendendo il pegno pretorio anche sulle azioni del debitore (C. 8. 21. 1), avrebbe permesso ai creditori di esercitarle. Ma che pure nell'epoca classica le azioni del debitore insieme col resto del patrimonio costituissero la comune garanzia dei creditori, fu dimostrato nel vol. I, p. 149 sgg. (ved. anche sopra p. 60, n. 2). Sul significato storico e dogmatico della citata costituzione giustinianea ved. vol. I, p. 154 sgg.

(2) Si propone da varii autori e sembra necessaria l'inserzione di *vel*. Ma la sua omissione nel codice fiorentino genera il dubbio che qualche esempio di spesa non sia stato portato da Ulpiano.

(1) Il curatore, come è chiaro, non potrà all'offeso trasmettere che la proprietà pretoria. Ma anche il *bonr. emptor* sarebbe nella medesima condizione.

Pertanto non solo la frase « si modo rell », ma anche *vel servo noxali iudicio defenso* bisognerà escludere che sia di Ulpiano.

11. — Dopo gli accenni, offuscati da dubbi e riserve, sulla possibilità di far valere nel tempo della *missio in bona* diritti reali e crediti privilegiati, studieremo i singoli *privilegia exigendi* (1). Il terreno sarà meno infido.

a) Seguiremo l'ordine, con cui Ulpiano nel commento alla clausola edittale « de privilegiariis creditoribus » ricorda i varii creditori. Tale ordine ci è noto per gli estratti dal l. 63 ad ed. contenuti in D. 42. 5; e s'inaugura col privilegio accordato alle spese dei funerali. Il frammento relativo al fisco si trova fuori del nostro titolo, ma non è lecito dubitare che l'elenco ulpianeo dei creditori privilegiati si aprisse con la menzione del fisco (2).

D. 49. 14. 6 (Ulp. 63 ad ed.). — Fiscus cum in privati ius succedit, privati iure [pro anterioribus suae successionis temporibus] (3) utitur: ceterum posteaquam

(1) Con questo nome il privilegio è indicato da D. 12. 1. 25 (Ulp. l. singul. de off. consularium); 42. 3. 1 (Ulp. 17 ad ed.); 42. 5. 24. 1 (Ulp. 63 ad ed.). Curioso è che i tre passi si riferiscano tutti al privilegio del creditore « qui ob restitutionem aedificiorum crediderit »; probabilmente il nome si trovava nell'editto con cui M. Aurelio ebbe a concedere il privilegio stesso. D. 17. 2, 52. 10 (Ulp. 31 ad ed.) è glossato.

...socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, ...aut sortem cum... usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest [exigendo privilegio utetur] aut deinceps propriam rem habebit...

Exigendo è grammaticalmente un errore (del quale il KÜBLER, *Zeitschr. Sav. St.*, 59, p. 573 sgg. vuole illuminare la genesi). Nè il socio ha bisogno di esercitare il privilegio, quando è spontaneamente rimborsato dal consocio. Se poi non fosse pagato entro i 4 mesi, diverrebbe, giusta l'Oratio Marci, proprietario dell'edificio anche per la quota del condomino e, cessando di essere creditore, non parteciperebbe al concorso che eventualmente si aprisse sui beni del consocio, mentre è appunto nel concorso che si reclamano i privilegi.

(2) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, Ulp. 1431.

(3) *Anterior* per il tempo è usato in età più tarda di Ulpiano: cfr. KALB, *Das Juristenlatein*, p. 68.

successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero [posteaquam convenit debitorem, an] posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur. Et quidem [usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio] varie rescriptum est: puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est. 1. Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet (1).

Ho uncinato « posteaquam... an »: 1) perchè *relatum* di genere neutro deve riferirsi a *nomen* e questo riferimento è turbato da *debitorem* entrato in mezzo; 2) perchè la chiamata in giudizio è posteriore alla *relatio inter debitores* (2) e conseguentemente Ulpiano avrebbe ricordato i tre fatti in quest'ordine « statim atque coepit ad eum pertinere nomen — posteaquam relatum est inter nomina debitorum — posteaquam convenit debitorem »; 3) perchè i due momenti discutibili circa l'inizio del privilegio sono quello della successione del fisco nel credito e quello della registrazione nel libro dei debitori arretrati, ma nessun motivo logico o pratico spiegherebbe che il privilegio dipenda dalla chiamata in giudizio del debitore.

Alla prima frase da me ripudiata si lega l'altra « usuras rell », dove noto due curiosità: *breviores*, per indicare le usure inferiori o più miti verso il creditore privato (3); e l'idea che in giudizio si chiami il debitore « certum et confitentem », mentre è sicuro che l'obbligo degli interessi, quando cominci dall'*in ius vocatio* o dalla *litis contestatio*, si ap-

(1) Il BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 207, mentre ritiene spurio « exinde ex quo » nei giuristi classici, dichiara molto sospetto il fr. 6 pr. La locuzione censurata torna anche nella fine « puto tamen rell. »; ma io, senza escludere che questa sia rimaneggiata, non ho elementi per impugnarne la classicità sostanziale.

(2) Su questa misura cfr. MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 370 sgg.

(3) Il *Vocabul. iurispr. romanae*, v. « brevis », non registra altro esempio.

plicherebbe a tutti i convenuti, sia certo o incerto il debito, siano confessi o negativi i debitori, perchè la certezza è ottenuta mediante la condanna. Espressa in forma barocca, la dottrina di D. 49. 14. 6 è anche rifiutata da D. 22. 1. 17. 6 (Paul. 1. sing. de usur.):

> Si debitores, qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coeperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare (1).

L'obbligo delle maggiori usure cominciava immediatamente col passaggio del credito al fisco.

Circa la data iniziale del *privilegium exigendi*, almeno quando il fisco sia succeduto in un credito privato, i rescritti avevano deciso in vario senso; Ulpiano opinava che il privilegio cominciasse con la *relatio inter debitores* (2).

Degli altri passi (3) che ricordano il privilegio del fisco, Paul. V. 12. 10 non è il più limpido.

> Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere.

Omnes allude ai soli creditori chirografarii (4) o anche ai privilegiati? Vedremo (al num. 21) che quest'ultima interpretazione è la più verosimile.

(1) Il tasso degli interessi è per noi indifferente. Il CUIACIO riteneva *semisses* interpolato giusta C. 10. 8. 3 (Iustinian.): ved. *Index interpolat*

(2) Il MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 372 per D. 49. 14. 28 (Ulp. 3 disput.) stima che il *priv. exigendi* normalmente datasse dalla nascita del credito. Ma altri pensa che il fr. 28 non si riferisca a questo privilegio, che non potrebbe vincere il pegno anteriormente concesso da chi più tardi è divenuto debitore fiscale: cfr. WIEACKER, *Festschrift Koschaker*, I, p. 247, n. 129. Torneremo sul fr. 28 nel num. 21.

(3) Citati a p. 10, n. 4.

(4) In questo senso KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 227, n. 1. Per altro egli deduce la preferenza del fisco sui creditori privilegiati da D. 42. 5. 34, che in verità l'ammette contro « quis navis fabricandae vel instruendae causa crediderit » ma forse non è genuino. Ved. più avanti il num. 19.

b) Data l'antinomia dei testi, gli interpreti del diritto comune disputarono se il credito del fisco per le pene fosse posposto a tutti gli altri crediti o solamente ai privilegiati (1). Per la prima opinione si adducono:

> D. 49. 14. 17 (Modestin. 2 de poenis). — In summa sciendum est omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi.
>
> C. 10. 7. 1 (Alexander). — Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo quod poenae nomine adiectum est propria forma ferenda est.

Per la seconda opinione è invocato (2):

> D. 49. 14. 37 (Papinian. 10 respons.). — Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.

Si può anche e si deve allegare:

> D. 49. 14. 48. 1 (Paul. 2 decret.). — Cornelio Felici mater scripta heres rogata erat restituere hereditatem post mortem suam. Cum heres scripta condemnata esset a fisco et (3) omnia bona mulieris occuparentur, dicebat Felix se ante poenam esse (hoc enim constitutum est). Sed si nondum dies fideicommissi venisset,

(1) Il WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 270, n. 5 era propenso alla conciliazione. Per *postponi* si dovrebbe intendere *non anteponi!*

(2) Cfr. WINDSCHEID, loc. cit. nella nota precedente; VANGEROW, *Pandekten*, III, § 594, Anm. I, 1.

(3) Il SANFILIPPO, *Pauli decretorum libri*, p. 100 suppone che il testo originale dicesse « et a fisco omnia bona rell. ». Ed io preferisco questa congettura a quella del BESELER, *Beiträge*, III, p. 79, « a procuratore fisci et omnia bona rell. ».

quia (1) posset prius ipse mori [vel etiam mater alias res adquirere] (2), repulsus est interim a petitione.

La domanda di Cornelio Felice venne provvisoriamente rigettata, perchè era prematura. Il fedecommesso « post mortem » era trattato come un fedecommesso condizionale (3) e però il *dies cedens* scadeva al momento della morte dell'erede; sicchè nessun diritto competeva al fedecommissario che non fosse sopravvissuto all'erede. La tesi di Cornelio Felice « se ante poenam esse », appoggiata da rescritti imperiali, non è messa in dubbio. L'*interim* significa che la sua richiesta dovrà essere accolta dopo la morte della madre.

Io reputo che la norma classica sia quella enunciata da Papiniano e da Paolo; gli altri luoghi, la cui genuinità è dubbia, presentano il diritto giustinianeo. L' « in summa » (4) di D. 49. 14. 17 mi fa pensare che questo sia il riassunto della trattazione di Modestino; ed il commentatore postclassico, che l'ha scritto, non abbia, coscientemente od incoscientemente, riprodotto la teoria genuina. Nella costituzione di Alessandro pare che si tratti di un'azione penale *in quadruplum* e la distinzione fra la « sortis quantitas » e il « triplum quod poenae nomine adiectum est » rispecchia la categoria delle *actiones mixtae*, che forse non portavano que-

(1) Il MOMMSEN corregge « se ante poenam esse... et si nondum dies fideicommissi venisset. sed quia... »; ed il SANFILIPPO, loc. cit., stima l'emendazione necessaria. Ma sarà stato Cornelio Felice tanto malaccorto o sfacciato da mettere in vista l'errore della sua tesi? Io penserei di lasciare il *sed* al suo posto e di restituire « sed, *cum* nondum dies... *cesserit* ».

(2) L'acquisto di altri beni da parte della madre non cambia l'oggetto del fedecommesso e Cornelio Felice avrà sempre diritto alla restituzione dell'eredità occupata dal fisco. « Vel... adquirere » è certamente intruso: cfr. DE MARTINO, *Atti della R. Accad. di Scienze Mor. e Polit. di Napoli*, 58, p. 338; SANFILIPPO, op. cit., p. 101. Ancora una volta si noterà l'uso di *vel etiam* con una frase posticcia.

(3) Cfr. SOMMER, *Zeitschr. Sav. St.*, 34, p. 398.

(4) Oltre gli autori (ARANGIO RUIZ, ALBERTARIO, PRINGSHEIM, KUNKEL) ricordati dal GUARNERI CITATI, *Indice*, alla voce *in*, cfr. SARGENTI, *Archivio giuridico*, 122, p. 53 sgg.

sto nome e certo avevano un altro significato nella dommatica dei giuristi classici (1).

In breve, secondo il diritto classico per le pene cessava il privilegio ed il fisco era un creditore chirografario.

Papiniano respingeva la tendenza, già affacciatasi, nel senso che unicamente i debitori solvibili dovessero soddisfare le pene pecuniarie.

Sia questa o quella la norma giustinianea rimpetto alla norma classica, in nessun caso è probabile la spiegazione del CUIACIO (2) e di altri autori (3) per le parole « si quispiam debitor fisco nostro locum fecerit » di C. 11. 33. 2. 2 (= Th. 12. 11. 1. 2). Costantino (a. 314) ordinava che, se il debitore mutuatario di una *civitas* aliena cose del patrimonio posseduto al momento della concessione del mutuo, gli acquirenti « singuli aequa aestimatione habita pro rata rerum quae possident conveniantur » ed eccettuava solamente coloro che comperano dal fisco i beni del mutuatario.

> Quod si quispiam debitor rei publicae civitatis fisco nostro locum fecerit, emptores, qui ex fisco nostro comparaverint, manifestum est secundum ius vetus et rescripta divorum constitutionesque nostras nullam debere molestiam sustinere.

Gli autori citati intendono che al fisco sia fatto luogo con la « publicatio ex delicto » e concludono espressamente che le pene fiscali erano preferite alla città creditrice. Ma, se questa fosse la disposizione di Costantino, sarebbe arduo capire lo svolgimento del diritto nel tema nostro. Mentre Papiniano combatteva la dottrina che posponeva il credito fiscale per le pene ad ogni altro credito, e la dottrina stessa è accolta nei passi che vanno sotto il nome di Modestino e di Se-

(1) Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*[4], p. 368; WENGER, *Procedura civile*, p. 163.

(2) *Ad lib.* 11 *Cod. tit.* 33. 2 (= *Opera*, II, 819).

(3) Cfr. GOTOFREDO, *Ad C. Theod.* 12. 11. 1; KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 367.

vero Alessandro, l'imperatore Costantino sarebbe andato all'eccesso opposto, ammettendo il privilegio delle pene fiscali contro quelle *civitates* di cui la costituzione dell'a. 314 sembra che voglia tutelare il patrimonio. Ciò è poco verosimile; e d'altra parte « fisco locum fecerit » non dichiara punto che il credito del fisco abbia origine da un reato o da una condanna penale (1).

Possiamo dunque ritenere che il mutuatario della *civitas* diventi debitore del fisco per obblighi contrattuali (2); e C. 11. 33. 2. 2, riaffermando il privilegio del fisco per questa categoria di debiti, non concerna la questione su cui abbiamo ragionato.

c) Per compiere la revisione dei testi e per i richiami che saranno utili più innanzi, giova stabilire, che in alcuni luoghi è chiamato *privilegium* il pegno del fisco o un diritto consimile.

> C. 7. 8. 2 (Sever. et Antonin.). — Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est [ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci] obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.

(1) Dei testi allegati dal CUIACIO, C. Th. 9. 42. 3 (Constantius) ha « ubi aliquis pro qualitate criminis... sententiam passus fisco fecerit locum » e la confisca penale è lucidamente indicata non da « fisco fecerit locum », ma dalle parole che precedono questa locuzione; C. I, 10. 1. 1 pr. (Diocletian.) proibisce « cuiuscumque bona, qui fisco locum fecisse existimabitur, capi prius quam a nobis forma fuerit data » ed è inverosimile che l'ordine, destinato ad impedire gli abusi degli agenti fiscali, non valesse per tutte le apprensioni comunque motivate.

(2) I mutui che devono rimanere presso il mutuatario e i suoi eredi, finchè costoro « incolumia retinent patrimonia », offrono innegabilmente un'analogia di struttura con le istituzioni alimentarie imperiali, che fu ben rilevata da G. SEGRÈ, *Scritti giuridici*, II, p. 66 sgg. Ma questa coincidenza non è sufficiente per affermare col KÜBLER, *Zeitschr. Sav. St.*, 13, p. 167 che i mutuatarii dovevano al fisco il capitale, alla città gli interessi per lo scopo dell'istituzione, e, divenendo insolventi, i beni pignorati erano devoluti al creditore del capitale, che li vendeva ad altri.

Per un oggetto singolo del patrimonio, come anche per tutto il patrimonio, è improprio dire che sia « privilegio obligatus », se dovesse trattarsi del *privilegium exigendi*; questo non è un vincolo che stringa i beni più che non faccia qualunque credito chirografario. Ma anche l'opinione che gli imperatori alludano al pegno legale del fisco naviga in cattive acque, perchè è difficile spiegare che alla manumissione sia d'ostacolo il pegno convenzionale e non il pegno legale. Forse riesce meglio ad accordarsi col testo la dottrina del WIEACKER (1) che *privilegio* significhi la protopraxia. Ma io ritengo spuria la frase « ex... fisci ». Perchè la convenzione del pegno dovrebbe essere speciale? Altri luoghi (2) escludono la manumissione del *servus pignori obligatus* senza distinguere tra pegno speciale e pegno generale; D. 40. 8. 6 (Marcian. l. singul. ad formul. hypothec.) e C. 7. 8. 6 (Alexander) dichiarano espressamente che è nulla la manumissione dello schiavo dato in pegno *generaliter* (3); lo SCHULZ (4) ha dimostrato l'interpolazione di D. 40. 9. 29 pr. (Gai. 1 de manumis.) e di C. 7. 8. 3 (Sever. et Antonin.), che ammettono la validità della manumissione per il servo

(1) *Festschrift Koschaker*, I, p. 251.

(2) Citati dallo SCHULZ, *Zeitschr. Sav. St.*, 48, p. 265, n. 1.

(3) Cfr. SCHULZ, op. cit., p. 278.

(4) Op. cit., p. 278 sgg. Di C. 7. 8. 3, benchè suggerisca una probabile restituzione, lo SCHULZ afferma che non presenta indizi d'interpolazione. A me sembra di poterne rilevare qualcuno.

> Ab eo qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt.

Al supplicante doveva interessare uno dei due casi, o il pegno generale o il pegno speciale; e non è compito del rescritto decidere un caso diverso da quello proposto. La distinzione del pegno manuale dal convenzionale (*traditi vel obligati*) non si trova negli altri passi ed è inopportuna, perchè difficilmente il padrone sarà in grado di manomettere fra vivi il servo consegnato al creditore. Io ritengo « non idem... sunt » estraneo (ved. anche SCHULZ, p. 279, n. 2) al rescritto originario, il quale decideva « *non* posse servis libertatem dari certum est ».

« generaliter pignori datus ». Indubbiamente è per il *favor libertatis* che Giustiniano nega alla convenzione generale di pegno l'effetto d'impedire la manumissione (1).

> C. 7. 73. 2 (Antonin.). — Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. [Quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci].

Si pensa (2) che il riferimento al *privilegium exigendi* sia escluso, perchè il testo fa questione di priorità. Ed invero il privilegio di esazione non dovrebbe togliere al debitore il diritto di dare in pegno le cose proprie, se gli rimane il diritto di alienarle. È dunque innegabile che con C. 7. 73. 2 ed anche altrove (3) il privilegio del fisco riveste un carattere speciale ed anomalo, su cui torneremo nel num. 11 bis. Qui vogliamo dimostrare che « quod... fisci » rappresenta un'addizione al rescritto di Caracalla.

Il dato di fatto esposto dalla supplicante era che « prius, quam res eius obligarentur, cum fisco contraxit » e l'imperatore non aveva ragione di prevedere e risolvere l'ipotesi inversa; « in eius bona », dove la grammatica esige *bonis* (1).

(1) In C. 7. 8. 2 « ex conventione speciali » è già messa tra uncini dallo SCHULZ, op. cit., p. 253, il quale critica giustamente anche l'espressione « hoc fraudis consilio effectum ». Il rimaneggiamento della costituzione non è dubbio.

(2) Cfr. WIEACKER, op. cit., p. 247 sgg.

(3) Più avanti (num. 21) accenniamo alla prevalenza che D. 49. 14. 28 riconosce al *privilegium exigendi* del fisco rimpetto al pegno di cose future. Ma per C. 7. 73. 2, come in tutti i luoghi in cui affiora la protopruxia, nasce il problema della genuinità. Il debitore condannato, per rinviare l'esecuzione della condanna, può certo offrire un pegno al creditore e questi accontentarsene; tuttavia è più facile e frequente che il creditore dopo la condanna ottenga il pegno col tramite del magistrato, *pignus ex causa iudicati captum*. Si potrebbe congetturare l'interpolazione privativa di un originario « prius, quam res eius tibi *ex causa iudicati pignoris iure* obligarentur ». Nell'esecuzione straordinaria il fisco ha un diritto prevalente di pignorare, come nell'esecuzione ordinaria ha un diritto prevalente di esigere.

d) Il § 1 del fr. 6 D. 49. 14 ci fa sapere che lo stesso privilegio del fisco soleva competere al patrimonio privato dell'imperatore e dell'imperatrice. Le parole « quodcumque privilegii » accennano a tutti i privilegi di qualsiasi contenuto. Ma nel l. 63 ad edictum Ulpiano si doveva occupare esclusivamente del privilegio concorsuale e per questo motivo dubito che l'espressione generalizzatrice « quodcumque privilegii » sia compilatoria (2).

11 *bis*. — Il *privilegium exigendi* vale nel concorso dei creditori, cioè in una esecuzione collettiva. Ma il fisco poteva di sua autorità procedere contro i proprii debitori (3), impadronendosi dei loro beni; e il decreto d'immissione ottenuto da altri creditori sicuramente non costringeva il fisco ad abbandonare il processo *extra ordinem* e ad insinuare il suo credito nell' ordinario sistema della *bonorum venditio*. Toccava agli altri creditori di lasciare che il fisco si fosse pagato sul prezzo dei beni pegnorati; quindi il concorso si sarebbe svolto sui beni rimasti. Fuori dell'*ordo iudiciorum* il privilegio del fisco si esplica come un diritto di priorità nella *pignoris capio*.

Io sono altresì convinto che il fisco non fosse obbligato a rassegnarsi dinanzi ad un concorso già aperto. Invece di seguire col suo credito privilegiato le sorti della *bonorum ven-*

(1) Potremmo esaminare qui anche C. 8. 18. 2 pr.; ma, a scanso di ripetizioni, la sua critica tornerà più opportuna nel num. 18.

(2) È possibile anche ritenere che « quodcumque privilegii... » servisse a motivare la regola ulpianea, per es. « il *privilegium exigendi* si deve attribuire alla *Caesaris ratio* ecc., dato che *quodcumque privilegii... habere solet* ».

(3) Cfr. MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, pp. 365, 370 sgg. Basteranno alcuni esempi: D. 18. 1. 62 pr. (Modestin. 5 regul.); 46. 1. 68. 1 (Paul. 3 decret.); 49. 14. 36 (Papinian. 3 resp.); 49. 16. 9 pr. (Marcian. 3 inst.). A chi avesse pagato il debito fiscale per altri si poteva trasmettere la « persecutio bonorum eius pro quo solvit » (D. 49. 14. 45. 9 di Paul. 5 sentent.); anzi, soggiunge il frammento ma forse non è classico almeno nella forma (cfr. PRINGSHEIM, *Zeitschr. Sav. St.*, 42, p. 654, n. 1), « in quo etiam adiuvari per officium solet ».

ditio, il fisco avrebbe potuto impadronirsi della parte dei beni necessaria per l'estinzione del credito. Analogamente il fisco non doveva riconoscere alcuna poziorità al *pignus ex causa iudicati captum* (1), che un creditore avesse ottenuto nelle ipotesi per cui il diritto classico ammetteva questa forma di esecuzione.

In breve, nella esecuzione straordinaria, a cui il fisco era sempre libero di ricorrere, il *privilegium exigendi*, proprio della esecuzione collettiva ordinaria, si atteggiava quale un diritto di pignorare e vendere i beni del debitore con precedenza sugli altri creditori. E, non potendosi parlare più di *privilegium exigendi*, è verosimile che si discorresse di *ius pignoris capiendi* (2) e si attribuisse al fisco, sulle cose da lui occupabili (3), una specie di *pignus*. Se potessimo fidarci di rescritti, che sono mutili perchè riportano solamente il principio giuridico e non la decisione del caso concreto, diremmo che C. 8. 14. 1 e 2 di Antonino Caracalla descrivono la soggezione in cui si trovano i beni del debitore fiscale per la facoltà spettante al fisco di occuparli nell'ipotesi d'insolvenza.

> Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.
>
> Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari [, quamvis specialiter id non exprimitur] (4).

(1) Ciò mi ha incoraggiato a proporre la restituzione di C. 7. 73. 2, che si può vedere a p. 140, n. 3.

(2) Cfr. D. 49. 14. 46. 3 (Hermogenian. 6 iur. epitom.): « Fiscus semper habet ius pignoris ». Il *semper* dà fastidio a molti (ved. *Index interpolat.*; KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 221 sgg.; WIEACKER, op. cit., 251 sgg.): io lascerei *semper*, amando congetturare l'interpolazione privativa di *capiendi* (o altra locuzione simile).

(3) *Occupare* è il verbo usato per l'apprensione da parte del fisco dei beni di debitori e di condannati. Cfr. D. 4. 4. 3. 4 (Ulp. 11 ad ed.); 46. 1. 68. 1 (Paul. 3 decret.); 48. 17. 2 (Macer 2 public.); 49. 14. 48. 1 (Paul. 2 decret.); C. 4. 12. 2 (Diocletian.); 7. 73. 1 (Antonin.); 9. 51. 2 (Antonin.); ecc.

(4) Per l'interpolazione cfr. WIEACKER, op. cit., pp. 241, 252.

Anche il *Fragm. de iure fisci* 5 « bona eorum qui cum fisco contrahunt... velut pignoris iure fisco obligantur » adopera la medesima locuzione *velut pignoris iure*, e non è necessario vedervi nè la piena equiparazione al pegno (1) nè lo specchio romano della protopraxia (2).

Privilegio di esazione e diritto poziore di pignoramento sono i due volti della medesima prerogativa fiscale, secondo che si accampava nella esecuzione collettiva o nella singolare. Quando al fisco vediamo attribuite ulteriori facoltà, come di ripetere gli oggetti dai creditori del *debitor fisci* che li abbiano ricevuti in pagamento (3) o dai compratori ai quali il debitore fiscale li abbia alienati senza frode, ovvero di essere anteposto ai creditori pignoratizi di data più antica, noi dobbiamo riconoscere che queste facoltà sorpassano il *pri-*

(1) Di *ius pignoris* senza la restrizione del *velut* parla D. 40. 1. 10 (Paul. 2 imperial. sentent.): « .., placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur ». A meno di pensare con lo SCHULZ, *Zeitschr. Sav. St.*, 48, p. 279 sgg. che già nell'epoca classica per certi crediti fiscali (non per tutti) esistesse un pegno legale generale, bisognerà accogliere la congettura del KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 220 sgg. che « quo... tenerentur » sia interpolato o sospettare un glossema.

(2) Diversamente WIEACKER, op. cit., p. 239 sgg.

(3) Al tempo del giureconsulto Marcello, citato da Paul. 3 quaest. in D. 49. 14. 21, un tale diritto del fisco sembra pacificamente ammesso. Ma D. 48. 13. 14 di Marcell. 25 digest. (per cui ved. *Index interpolat.*) mi fa pensare che il giureconsulto abbia espresso la sua opinione a proposito dell'erario, il cui carattere pubblico e sovrano manca al fisco in più d'un rapporto. Nemmeno le condizioni e l'estensione della revoca sono chiare. D. 49. 14. 21 parla del fisco che « iure suo usus abstulit pecuniam »; D. 18. 3. 8 (Scaev. 7 dig.) suppone un compratore « nomine fisci testato conventum, ne ante mulieri pecuniam exsolveret quam fisco satis faceret », e se ne dovrebbe inferire che senza questa diffida il pagamento del prezzo alla venditrice non sarebbe stato attaccabile; C. 7. 73. 5 (Alexander) prevede che la pecunia ricevuta dal creditore « postea ex iusta causa fisco restituenda erit » e l'*ex iusta causa* limita l'obbligo della restituzione. Nell'ammettere la revoca Papiniano, citato da Marciano (1. singul. de delator.) in D. 49. 14. 18. 10, è più largo di Scevola; e Marciano scrive addirittura che al creditore « placet omnimodo pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit » che il suo debitore era anche *publicus debitor*. Ma è lecito nutrire qualche dubbio sulla purità del fr. 18. 10.

vilegium exigendi (1), ed anche il diritto « *vice pignoris* » o « *veluti pignoris titulo* » che nell'esecuzione singolare corrisponde al *privilegium exigendi*.

Stando all'editto di Tiberio Giulio Alessandro dell'a. 68 d. C. (2), è innegabile che le facoltà sopra menzionate costituiscono la prerogativa che l'editto del prefetto egiziano chiama πρωτοπραξία (3) o vi rientrano. E si può con molta probabilità sostenere (4) che dall'Egitto e dalle provincie tali norme abbiano iniziato il cammino che doveva portarle alla assunzione nel diritto imperiale. Ma sull'epoca di questi innesti nel tronco romano la ricerca per altri versi tanto luminosa del WIEACKER non mi sembra definitiva. La critica delle fonti (5) ha ancora qualche parola da dire; nè i contrasti del

(1) Così anche WIEACKER, op. cit., p. 231.

(2) Per la parte relativa al diritto privato accolto nelle *Fontes*⁷, n. 72, del BRUNS.

(3) Ved. il dotto ed acuto commento del WIEACKER, op. cit., p. 222 sgg.

(4) Cfr. WIEACKER, op. cit., pag. 255 sgg.

(5) Ad es. il WIEACKER, op. cit., p. 241 non ricorda che C. 4. 46, 1 (Antonin.) era stato già attaccato dalla critica e non sospetta che la chiusa è apocrifa. Io ne propongo la seguente restituzione:

> Venditionem ob cessationem tributorum factam revocari non oportet [neque] priore domino pretium offerente [neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt].

L'EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*, p. 50 censura la frase « neque priore... pignoris ». Ed anche il FELGENTRAEGER, *Antikes Lösungsrecht*, p. 24, n. 41 riconosce che l'ablativo assoluto con la cucitura « neque -neque » è brutto; ma pensa di dover spiegare la cattiva forma con un'abbreviazione tribonianea del rescritto e si limita ad espungere « iure hypothecae sive pignoris ». Io non posso risparmiare le parole « neque creditore eius ». Se dovessi sottintendere « pretium offerente », non capirei quale sarebbe il vantaggio del creditore ipotecario a riscattare con denaro proprio la cosa venduta dagli ufficiali dell'amministrazione tributaria; altrimenti manca il verbo destinato ad esprimere la pretesa del creditore (come potrebbe essere *praetendente* che leggo in vecchie edizioni o *impetrante* o qualcosa di simile).

Per il nostro argomento importa la fine « potior... sunt ». Al Felgentraeger pareva molto incerto che derivasse da Antonino; io l'escludo fermamente. Il motivo « potior est enim rell. » non calza per « domino pretium offerente », il quale non impugna la poziorità dell'amministrazione tributaria desiderando di riscattare dai compratori le cose vendute « ob tributorum cessationem ».

Corpus iuris potrebbero tutti spiegarsi (1) con le differenze locali degli ordini di servizio e con le diverse origini delle prerogative del fisco.

Per altro la discussione esorbita dal nostro tema. Qui ci interessa solamente l'affermazione del WIEACKER (2), che costituzioni dei principi o editti dei presidi abbiano conferito la protopraxia alle donne creditrici della restituzione dotale e alle *civitates*. Dobbiamo esaminare questa opinione per i riflessi e gli equivoci che potrebbe cagionare nella dottrina del *privilegium exigendi*.

La protopraxia, specialmente nel significato che il WIEACKER (3) le attribuisce contro i terzi creditori o compratori dall'insolvente, può competere soltanto a chi abbia un diritto autonomo di esecuzione sui beni del debitore, un *ius pignoris capiendi*, come vogliamo chiamarlo, anche se la terminologia non fosse romana (4). Ora la moglie, per quanto se ne può sapere, non ha mai goduto la facoltà di impadronirsi dei beni del marito suo debitore.

È vero che l'editto di Ti. Iulius Alexander dispone: τὰς μὲν γὰρ προῖκας, ἀλλοτρίας οὔσας καὶ οὐ τῶν εἰληφότων ἀνδρῶν, καὶ ὁ θεὸς Σεβαστὸς ἐκέλευσεν καὶ οἱ ἔπαρχοι ἐκ τοῦ φίσκου ταῖς γυναιξὶ ἀποδίδοσθαι, ὧν βεβαίαν δεῖ τὴν πρωτοπραξίαν φυλάσσειν. Anche il divo Augusto e i prefetti ordinarono che le doti, essendo proprietà altrui e non dei mariti che le ricevono, siano restituite alle mogli, di cui s'ha da mantenere ferma la protopraxia. Le parole dicono che le mogli hanno la protopraxia. Ma chi bada alla sostanza, vede attribuita alla donna la proprietà della dote; e il diritto di rivendicare ciò che è

Sospetto è *omnia* senza *bona*. Gli imperatori premettono e non aggiungano alla decisione il principio su cui si fondano: cfr. SOLAZZI, *Festschrift Koschaker*, I, p. 52 sgg., *Studia et docum. hist. et iur.*, 5, p. 218 sgg.

(1) Cfr. WIEACKER, op. cit., p. 252.

(2) Op. cit., p. 237 sgg.

(3) Op. cit., p. 231 sgg.

(4) Il MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 374 scriveva che la protopraxia di Ti. Alexander era un diritto di pegno nato da un pignoramento. Romanamente potremmo dire un *pignus captum*.

proprio non va confuso col diritto di esecuzione privilegiata per un credito (1). L'imperatore Augusto e i prefetti antecessori di Ti. Alexander hanno riconosciuto alla moglie il diritto di separare i suoi beni da quelli del marito venuti nelle mani del fisco. Tale diritto, benchè nel testo egiziano presupponga un concetto della dote diverso da quello vigente a Roma dove proprietario delle cose dotali è il marito (2), non era ignoto alla giurisprudenza romana.

C. 7. 73. 1 (Antonin.). — Bona mariti tui si ob reliqua administrationis primipili a fisco occupata sunt, res, quas tuas esse liquido (3) probaveris, ab aliis separatae tibi restituuntur.

C. 4. 12. 2 (Diocletian.). — Ob maritorum culpam uxores inquietari leges vetant. Proinde rationalis noster, si res quae a fisco occupatae sunt dominii tui esse probaveris, ius publicum sequetur (4).

(1) Obietta il WIEACKER, op. cit., p. 230 che, se la moglie fosse proprietaria della dote, non avrebbe bisogno della protopraxia, e, se per assicurarle la restituzione della dote è accordata la protopraxia, non si dovrebbe qualificare la dote come proprietà della moglie. A questo rabbuffo Ti. Alexander non può sfuggire, fin tanto che a protopraxia si dà il valore di una garanzia contro terzi.

(2) Ciò è stato avvertito esattamente da BECHMANN, *Dotalrecht*, I, p. 112 sgg. e CZYHLARZ, *Dotalrecht*, p. 411, n. 16, respingendo la tesi di coloro che identificano la protopraxia di Ti. Alexander col *privilegium exigendi*.

(3) Questa parola è probabilmente insiticia: ved. la seguente costituzione di C. 4. 12. 2, che ha « probaveris » senza *liquido*. Ma, poichè *liquido probare* torna in 4 rescritti di Caracalla (C. 5. 12. 2. 1; 6. 21. 1; 6. 31. 1; 6. 44. 1) e in uno di Severo e Caracalla (C. 3. 31. 2. 1) i conservatori vorranno forse difenderne la genuinità. Io credo che s'ingannerebbero. Su C. 6. 21. 1 cfr. SOLAZZI, *Festschrift Koschaker*, I, p. 62 e gli autori ivi citati; su C. 6. 44. 1 KRÜGER ad h. l.

(4) Commette il reato di *vis* chi pignora le cose della moglie per un debito del marito. Cfr. C. 9. 12. 1 (Sev. et Ant.) « Ob debitum viri vel civile munus res uxoris qui pignori capiunt, vim contrahere videntur ». Non piace l'alternativa « debitum... vel civile munus », perchè si deve trattare sempre di un debito del marito, sia pure derivante da un « civile munus »; forse il rescritto diceva « ...viri, *qui* civile munus *administravit*... » ed il pignoramento, contro cui i Severi minacciavano le pene della *vis*, era stato compiuto dai funzionarii di un municipio.

D. 4. 4. 3. 4 i. f. (Ulp. 11 ad ed.). — ...ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt: nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur (1).

Questi luoghi ammettono nel processo *extra ordinem* la separazione o rivendicazione dei diritti reali, che nell'ordinaria *missio in bona* io dubito (2) si potesse esercitare contro il *curator bonorum* e che certo si attuava contro il *bon. emptor*. Il *ius pignoris capiendi* non viene in questione. Se tuttavia l'editto di Ti. Alexander parla di protopraxia, bisogna concludere che per i greco-egizii (3) il termine aveva diverse sfumature di significato.

Quanto ai municipii, la loro condizione giuridica è più incerta che non sia quella della moglie rispetto alla dote. Bisognerebbe sapere quale fede meriti per il diritto classico D. 50. 1. 10 (Marcian. l. sing. de delat.).

Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.

Il LENEL (4) ricongiunge il passo con D. 49. 14. 18. 10 che esamina il diritto del fisco di « auferre pecuniam » a chi l'ha ricevuta in pagamento dal *publicus debitor* (5). E questo diritto è proprio un'applicazione della protopraxia contemplata da Tiberio Alessandro. Ma dovremmo indagare se l'eccezione « nisi... sit » non sia stata aggiunta in età postclassica, quando sarebbe cominciato l'uso di accordare ai mu-

(1) I beni del peculio sono di proprietà del padre e solo una benigna concessione di Claudio ha potuto attribuirli al figlio.

(2) Ved. sopra p. 122 sgg.

(3) Anche Tapetheus in BGU. 970, lin. 11 dell'a. 177 d. C. premette il ricordo che principi e prefetti ordinano πρωτοπραξίαν ἔχειν τὰς προοῖκας ma poi narra che a garanzia della dote le era stato concesso un diritto di pegno, verosimilmente un ὑπάλλαγμα. E non s'intende bene per qual motivo sia invocata espressamente la protopraxia.

(4) *Palingenesia*, Marcian. 6.

(5) Cfr. anche D. 49. 14. 21 (Paul. 3 quaest.); C. 7. 73. 5 (Alexander). E' sopra p. 143, n. 3.

nicipii lo stesso diritto di pignoramento contro terzi riconosciuto al fisco (1).

C. 11. 36. 4 è di Diocleziano e, anche se genuino, non proverebbe per l'età classica:

> ...consequens est rem publicam... contra successores collegae tui vel rerum eius possessores prius ob personam eius progredi...

Possessores dovrebbero essere i terzi acquirenti, perchè tra i *successores* sono compresi tanto gli eredi quanto i *bonorum possessores*. Il rescritto non accenna che i magistrati municipali avessero dato in pegno i loro beni (2), sicchè apparirebbe un'applicazione della protopraxia. Ma la frase « vel rerum eius possessores » mi sembra troppo indeterminata per essere dioclezianea. Più verosimile è un rimaneggiamento, forse ispirato da C. 11. 33. 2 (Constantin.), di un originario « contra *heredes* collegae tui vel *bonorum* eius possessores » (3).

Rileggeremo senza idee preconcette la corrispondenza di Plinio (4) e Traiano.

C. Plinius Traiano Imp. S.

> Quid habere iuris velis et Bithynas et Ponticas civitates in exigendis pecuniis, quae illis vel ex locationibus vel ex venditionibus aliisve causis debeantur, rogo, Domine, rescribas. Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam eis protopraxian eamque pro lege valuisse. Existimo tamen tua providentia constituendum aliquid et sanciendum, per quod utilitatibus eorum in perpetuum consulatur...

Traianus Plinio S.

> Quo iure uti debeant Bithynae vel Ponticae civitates in iis pecuniis, quae ex quaque causa reipublicae debebuntur, ex lege cuiusque animadvertendum est. Nam sive habent privilegium, quo ceteris creditoribus anteponuntur, custodiendum est; sive non habent, in iniuriam privatorum id dari a me non oportebit.

È opinione dominante (1) che qui sia discorso del *privilegium exigendi* e i lettori spregiudicati non possono dissentire. Plinio cerca di fissare il « ius in pecuniis exigendis » e Traiano vuole che sia rispettato il « privilegium quo ceteris creditoribus anteponuntur ». Il concorso dei creditori si profila con la massima evidenza e indarno si tenterebbe di imprimere alle due lettere quella direzione contro i terzi acquirenti che è essenziale al concetto della protopraxia secondo il Wieacker (2).

12. — Col privilegio del fisco i moderni associano quello delle città. Ma i commissarii giustinianei, per ricordarlo nei Digesti, hanno accolto un frammento delle *Receptae Sententiae* di Paolo e uno dei *Responsa* di Papiniano; ciò mi fa dubitare che nella esposizione di Ulpiano (63 ad ed.) non abbiano trovato nulla di utile.

D. 42. 5. 38. 1 (Paul. 1 sentent.). — Res publica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.

(1) Per il diritto classico ved. D. 26. 7. 46. 1 (Paul. 9 respons.) « Sempronii, qui... debitor patriae suae exstiterat, bona res publica *iussu praesidis* possedit »; cfr. anche D. 50. 12. 8 (Ulp. 3 de off. cons.), dove intervengono i consoli. È il regime della *missio in bona* e del *pignus in causa iudicati captum* come per i privati.

(2) Tuttavia il Kniep, *Societas publicanorum*, p. 364 vuol pensare ad un diritto di pegno convenzionale.

(3) Cuiacio, *Ad lib.* 11 *Cod.* tit. 33. 2 (= *Opera*, II, 819 D) dubitava che nella costituzione dioclezianea « quid addidit Tribonianus », Gotofredo, in C. Th. 12. 11. 1, approvava il sospetto del Cuiacio e determinava meglio la giunta, scrivendo che alle città mutuanti il privilegio del pegno contro i possessori dei beni appartenuti al mutuatario fu dato primieramente da Costantino. Anche il Levy, *Zeitschr. Sav. St.*, 37, p. 87, n. 4 riserva la questione della genuinità di C. 11. 36. 4.

(4) *Epistul.*, X, 109-110.

(1) Cfr. per tutti Lenel, *Edictum*[3], p. 430.

(2) P. Strasb. 34 I. 24 sgg., dell'a. 180-192 d. C., in cui l'alienante fa salva la protopraxia per la città di Antinoe (oltre che per il fisco e per altri), è probatorio soltanto nei rispetti del diritto locale.

D. 42. 5. 37 (Papinian. 10 respons.). — Antiochensium Coelae Syriae civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit.

Omnibus forse insegna che il primo testo non è genuinamente paolino. Uno scrittore classico avrebbe evitato quella parola superflua, che potrebbe riuscire equivoca, se taluno pensasse di argomentarne che creditori privilegiati diversi dalla città non siano preferiti a tutti i chirografarii.

Più difficile è il secondo testo. Vi sono due scogli. Uno, veduto da molto tempo, è « ius persequendi pignoris ». Il privilegio e il pegno sono caoticamente mescolati insieme. La città di Antiochia, se godeva un privilegio sui beni del suo debitore, non doveva pretendere su di essi un diritto di pegno; e se vantava un pegno, non avrebbe cercato di sapere da Papiniano la durata del privilegio. L'altro scoglio, che pochissimi guardano, mi cagiona il rammarico più forte. Non sappiamo il motivo che faceva dubitare agli Antiochesi di aver perduto il privilegio, mentre la notizia di quel motivo potrebbe illuminare sia la costituzione dei municipii sia il regime del *privilegium exigendi*.

Il primo scoglio è superato, ritenendo un glossema « ius persequendi pignoris » (1). La LEPRI (2) nega che si tratti di un glossema e pensa « che siano stati proprio i compilatori ad eseguire la sostituzione », perchè immagina di avere scoperto una « sistematica sostituzione del concetto del pegno a quello del privilegio ».

Basterà qui rilevare che, se pure in altre fonti si assodasse una tale sostituzione, di certo essa manca nel fr. 37.

(1) Ved. vol. I, p. 212, n. 1. Il WIEACKER, *Festschrift Koschaker*, I, p. 237, n. 90 si oppone a che queste parole siano cancellate, verosimilmente credendo che definiscano la protopraxia. Ma come si fa a non vedere che « quod... privilegium » rimane sospeso in aria dopo il forzato incastro di « ius persequendi pignoris »? Papiniano, se mai, avrebbe scritto « quod... ius persequendi pignoris... accepit, durare constitit ».

(2) *Missiones in possessionem*, p. 9.

Privilegium è anc'oggi la prima parola che s'incontra nel testo. Non si tratterebbe dunque di sostituzione, bensì di giustapposizione del pegno al privilegio, cioè di un pasticcio che io non ardisco imputare a Triboniano, del quale sono un vecchio critico, ma equo e rispettoso.

L'altro scoglio non permette di accertare da che nascesse la questione sottoposta a Papiniano (1). Ma questa ignoranza — di cui probabilmente non ha tanto colpa la brachilogia del grande giureconsulto quanto i tagli e i ritocchi giustinianei (2) — lascia fermo il responso « civitati, quod lege sua privilegium... accepit, durare constitit ».

(1) Basandoci sugli elementi del testo, possiamo avanzare la congettura che il dubbio provenisse dalla morte del debitore. D. 49. 14. 33 (Ulp. 1 respons.) insegna « eum, qui debitoris fisci adiit hereditatem, privilegiis fisci coepisse esse subiectum », ciò che a noi parrebbe quasi banale. Ma, se è occorso un responso di Ulpiano, vorrà dire che qualcuno pensava a sostenere la personalità e la intrasmissibilità del privilegio fiscale anche dal lato passivo? E gli Antiochesi temevano che la medesima dottrina si applicasse verso le città?

Il DERNBURG, *Pfandrecht*, I, p. 354, n, 1 opina che il dubbio nascesse dal provvedimento di Settimio Severo contro la riottosa Antiochia, alla quale « multa ademit »: cfr. SPARTIAN., *vita Severi*, 9. 5. E poichè i « iura vetusta » le furono restituiti da Caracalla (SPARTIAN., *Antonin. Car.*, 1, 7), il KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 350 ritiene che il responso di Papiniano cada nel tempo intermedio. Per il giureconsulto, il *privilegium exigendi* non sarebbe compreso nelle prerogative tolte da Severo. Questa spiegazione di *durare* rimonta al CUIACIO, *In lib. X respons. Papin.* (*Opera*, IV, 1277 sgg.), secondo il quale Severo avrebbe tolto i privilegi accordati o confermati da lui, non quelli derivanti dalla *lex* di Antiochia. Ma, per menar buona tale interpretazione, bisogna supporre che il responso sia stato accorciato. Manca ogni allusione al provvedimento di Severo; nè *lege sua* può contrapporsi ai privilegi concessi dai principi, in quanto che della *lex rei publicae* fanno parte tutti i *iura* della città, qualunque ne sia l'origine. Inoltre il Cuiacio, volendo che la parola *defuncti* abbia uno scopo, dovette limitare il privilegio sui beni del debitore defunto e negarlo sui beni del debitore vivo; e questa limitazione a me pare strampalata. Nella mia interpretazione la parola *defuncti* è pienamente giustificata: essa dice che il privilegio sui beni del debitore non si perde con la morte di costui.

(2) Di tali manipolazioni potrebbe anch'essere un residuo « ius persequendi pignoris »; sicchè non è assolutamente da escludere che queste parole si trovassero in una frase del testo originario.

Molto semplice appare la congettura che sia caduto o sia stato volontariamente soppresso un *non* dinanzi a « ius persequendi pignoris ». Papiniano avrebbe negato ad Antiochia quel diritto di occupare i beni del debitore che

Arbitraria è l'opinione della Lepri che *sua* non appartenga a Papiniano e che questi « forse intendeva alludere proprio alle *leges venditionis* ». *Lege*, senza sforzo e senza dubbio, indica lo statuto civico; ciò è comprovato da una folta massa di testi (1).

Lo statuto determinava gli organi municipali e le loro competenze, l'amministrazione dei beni e, insieme con regole di polizia e di pubblico ornato (2), abbracciava anche disposizioni particolari in ordine ai contratti (3). *Lege sua* è lo statuto di Antiochia.

---

spettava al fisco e che il WIEACKER, male interpretando l'epistolario di Plinio, vorrebbe estendere alle città. Per non lasciarmi sedurre da questa congettura, io ho proposto (p. 142, n. 2) di restituire *capiendi* in D. 49. 14. 46. 3; ma da D. 42. 5. 37 — che la notazione « ius persequendi pignoris » sia di Papiniano o di un glossatore — si potrebbe ricavare *persequendi*.

I Bas. 9. 7. 35, dicendo che Antiochia gode il privilegio ἵνα ἐνέχυρα λάβῃ, di prendere pegni dai beni del debitore, hanno tradotto il *privilegium* romano nella *protopraxia* di stile greco-egizio.

(1) Cfr. D. 1. 3. 37 (Paul. 1 quaest.); 3. 4. 3 (Ulp. 9 ad ed.); 3. 4. 6 pr. (Paul. 9 ad ed.); 43. 24. 3. 4 (Ulp. 71 ad ed.); 47. 12. 3. 5 (Ulp. 25 ad ed.); 49. 1. 12 (Ulp. 2 opin.); 50. 1. 21. 7 (Paul. 1 respons.); 50. 1. 25 (Ulp. 1 ad ed.); 50. 2. 10 (Modestin. 1 respons.); 50. 3. 1 pr. (Ulp. 3 de off. procons.); 50. 4. 1. 2 (Hermogenian. 1 epitom.); 50. 4. 11. 1 (Modestin. 11 pand.); 50. 4. 14. 3 (Callistrat. 1 de cognit.); 50. 4. 18. 27 (Arcad. Charis. l. singul. de mun. civil.); 50. 5. 8. 3 (Papinian. 1 resp.); 50. 6. 6. 1 (Callistrat. 1 de cognit.); 50. 9. 2. 1 (Ulp. 3 opin.); 50. 9. 3 (Ulp. 3 de appell.); 50. 9. 6 (Scaev. 1 digest.); C. 11. 30. 4 (Diocletian.); 11. 32. 1 (Sever. et Antonin.). Non garantisco che l'elenco sia completo.

(2) In C. 11. 30. 4 (Diocletian.) il municipio « secundum legem civitatis » vende l'area di un edificio privato che era caduto in rovina. Probabilmente lo statuto civico permetteva di vendere ad altri, ossia di espropriare, le aree degli edifici che i proprietarii non potevano o non volevano ricostruire. Dalla stessa cura « ne urbs ruinis deformetur » è ispirata la norma della *lex Ursonensis* 75, che vieta al proprietario di demolire o guastare l'edificio « nisi si praedes... dederit se redaeficaturum », Cfr. anche *lex Malacitana* 62; D. 1. 18. 7 (Ulp. 3 opinion.); 39. 2. 46 (Paul. 1 sent.) — entrambi non illibati —; C. 8. 10. 8. 1 (Valens Gratian. et Valentinian.).

(3) Poteva per es. stabilire che nelle vendite e locazioni, senza bisogno di apposita clausola, la città avesse il diritto di recedere dal contratto nell'ipotesi che dentro un certo termine fosse presentata un'offerta di aumento (*adiectio*). Cfr. D. 50. 1. 21. 7 e C. 11. 32. 1; per la critica formale dei due testi ved. MÜLLER, *Fr. 50 D. de iure fisci* 49. 14, p. 6. nn. 23 e 26: BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 54. p. 32.

Papiniano era uno scrittore laconico; ma, se avesse detto « quod lege privilegium in bonis defuncti debitoris accepit » e avesse sperato dei lettori capaci di intendere che egli voleva riferirsi alla *lex bonorum vendendorum*, avrebbe sognato ad occhi aperti. Nessuno poteva capirlo, perchè da quella *lex* il creditore ottiene il riconoscimento di un privilegio che già possiede e non è lecito affermare che da essa « privilegium accepit ». Poi è incomprensibile che si discutesse sulla durata di un privilegio ammesso dalla *lex bonorum vendendorum*. Il creditore, finchè non è stato soddisfatto, mantiene il suo privilegio contro il *bonorum emptor*, tanto meglio se il credito nel programma della vendita è stato collocato fra quelli privilegiati.

Comunque, alla semplice *lege* di Papiniano i commissarii giustinianei non avrebbero aggiunto *sua*.

L'interpretazione più spontanea di « lege privilegium accepit » sarebbe stata per loro che il privilegio si era conseguito « legalmente = secondo il diritto vigente ». Ed una interpretazione così tranquillante i giustinianei non la ribadivano, ma l'oscuravano e la turbavano con l'aggiunta di *sua*.

Il *privilegium exigendi* era menzionato nella *lex municipalis* di Antiochia e sarà stato magari inciso sulla stele o sulla targa che ne perpetuava il ricordo; ma, è appena necessario avvertirlo, gli Antiochesi non se l'erano arrogato da sè, con una deliberazione della curia, bensì dovettero riceverlo da una potestà più alta, che noi possiamo identificare per mezzo dell' *epistula* di Plinio all' imperatore Traiano (X. 109).

Parlando delle Bithynae et Ponticae civitates, egli scrive:

> Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam eis protopraxian eamque pro lege valuisse.

Il LENEL (1) ne arguisce per le città l'origine edittale del privilegio. L'epistola prova che non esisteva una legge o altra

(1) *Edictum*[3], p. 430.

fonte di diritto la quale accordasse il *privilegium exigendi* a tutti i municipii (1); ma questi, almeno nelle provincie, godevano del privilegio, se ed in quanto fosse stato loro attribuito dal preside. Che la risoluzione di concederlo sia stata presa con un editto (2), può esser dubbio, perchè la risposta di Traiano « ex lege cuiusque animadvertendum est » fa pensare che non tutte le città della Bitinia e del Ponto avessero ottenuto il privilegio (3) e però dovremmo supporre che non sia stato largito con un'ordinanza generale.

Chi non resistesse alla tentazione di credere interpolato il frammento papinianeo, anzichè espungere *sua*, dovrebbe rimettere *edicto* (o *decreto*) *praesidis suae provinciae* (o altro di analogo), dove i compilatori avrebbero sostituito *lege sua*. L'ipotetico mutamento sarebbe stato comandato a Triboniano dal sapere che i privilegi non erano più attribuiti con gli editti o i decreti dei presidi, ma con le leggi del principe (4). Se non che questo pensiero è troppo oscuro nell'e-

(1) La LEPRI, op. cit., p. 7 suppone che io voglia interpretare restrittivamente D. 42. 5. 38. 1. No: io trovo qui « res publica creditrix » e intendo, come è doveroso, ogni città; ma soggiungo che Plinio attesta il fatto contrario e quindi o si ritiene col MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 389 che la concessione del privilegio sia divenuta generale nel tempo intermedio fra l'imperatore Traiano e il giureconsulto Paolo o si conclude col KNIEP, *Societas publicanorum*, pp. 229, 349 sgg., 351 che il redattore delle *Sententiae* non esprime il diritto classico. Naturalmente per accettare quest'ultima conclusione non basta credere che le *Sententiae* siano apocrife o molto rimaneggiate; occorre un motivo specifico che renda sospetto D. 42. 5. 38, 1 ed io lo desumo dal fr. 37.

(2) Se nelle province imperiali il preside non aveva il potere di emanare un editto generale sul tipo di quello del pretore urbano, il *privilegium exigendi* avrebbe potuto concedersi alle città con uno o più editti rivolti a questo fine particolare. Ma per l'Egitto, la cui costituzione si assomigliava a quella delle province imperiali, l'esistenza dell'*edictum provinciale* è bene attestata: cfr. WILCKEN, *Zeitschr. Sav. St.*, 42, p. 135.

(3) In questo senso WIEACKER, op. cit., p. 237.

(4) Cfr. D 50. 1. 10 (Marcian. l. singul. de delat.): « Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit ». Quale che sia stato il riferimento originario del passo e sia o no autentica la chiusa « nisi... sit », certo nella compilazione giustinianea ha assunto una portata generale e comprende anche il *privilegium exigendi*.

spressione « lege sua » (1); i compilatori l'avrebbero fissato in maniera più nitida.

Comunque si decida, il fr. 37 D. 42. 5 prova che ancora al tempo di Papiniano il *privilegium exigendi* non competeva a tutte le città, altrimenti la dichiarazione speciale « quod... privilegium... accepit » sarebbe stata superflua. L'evoluzione, che non s'era verificata nel tempo intercorso da Plinio a Papiniano, difficilmente si può stimare compiuta all'età di Paolo non molto più giovane di Papiniano. Sicchè il luogo delle *Receptae Sententiae* (D. 42. 5. 38. 1), accordando il privilegio ad ogni *res publica creditrix*, esprime un principio generale ed assoluto, che il diritto classico non conosceva.

Esaminiamo ora un testo che, a proposito della città di Eliopoli, non menziona il privilegio, ma, secondo la LEPRI, l'avrebbe menzionato prima delle interpolazioni giustinianee.

> C. 8. 17. 4 (Antonin.). — Cum rem publicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiae in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponis, intellegis, quamvis pater tuus cum Sossiano contraxerit, tamen, si personali actione eum habuit obligatum, praeponi rem publicam iure pignoris, quae ex auctoritate eius qui iubere potuit servandi iudicati causa occupavit.

(1) Diversamente stilata è l'interpolazione che io sospetto nella costituzione diocleziana (Scyrioni rationali) di C. 10. 10. 1.

> Scire debet gravitas tua intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas nec civitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur: et deinceps quaecumque intestatorum bona a civitatibus obtentu privilegiorum suorum occupata esse compereris, ad officium nostrum eadem revocare non dubites.

Ex permissu è davvero enigmatico. Su quale permesso le città avrebbero fondato la rivendicazione dei beni lasciati dai concittadini morti senza eredi? Probabilmente invocavano una fonte giuridica — non più ammessa dal diritto giustinianeo — che riconosceva loro alcune prerogative.

La LEPRI (1) ritiene che « propter emolumentum sententiae » abbia preso il posto di « servandi iudicati causa » ed espunge come emblema tribonianeo « iure pignoris rell ».

Di provare la prima interpolazione l'autrice non ha nemmeno tentato. Per renderla verosimile, avrebbe dovuto indicare un bisogno o un interesse che spingessero i compilatori a cancellare « propter emolumentum sententiae ». Ma questa frase e quella che si vuole sostituita esprimono il medesimo concetto « per l'esecuzione della sentenza »; onde è chiaro che le parole genuine non potevano dare alcun fastidio a Triboniano. V'ha di peggio col sistema ricostruttivo della Lepri. Lo stesso Triboniano avrebbe aggiunto « iure pignoris, quae ex auctoritate eius qui iubere potuit *servandi iudicati causa* occupavit »; e sarebbe stranissimo che egli poche righe innanzi sopprimesse *servandi iudicati causa*, mentre l'adoperava nella frase interpolata.

Tuttavia la nostra avversaria ha dimostrato buon gusto, sdegnando l'ineleganza di « propter emolumentum sententiae ». Ma non è difficile spiegare perchè il rescritto si serva di questa frase. Caracalla ripeteva qui le parole del supplicante; nella fine, dove è l'imperatore che scrive col linguaggio tecnico del giurista, troviamo detto « servandi iudicati causa ».

Questa osservazione conferma il giudizio, da me dato precedentemente (2), che le parole « ex auctoritate eius qui iubere potuit servandi iudicati causa occupavit » sembrano appartenere al rescritto originario. Le Lepri (3) impugna il mio giudizio, perchè quelle parole sarebbero tanto indeterminate e generiche quanto « competens iudex » di C. 6. 54. 5 e « iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur » di C. 8. 17. 2 (4). Io replico che « competens iudex » è una locu-

(1) Op. cit., p. 6 sgg.
(2) Ved. vol. II, p. 236.
(3) Op. cit., p. 9 sgg.
(4) Sui due rescritti ved. vol. I, p. 228 sgg.

zione stereotipa dei giustinianei e non è paragonabile con la frase di C. 8. 17. 4; quanto a « eius, qui iure... exsequebatur » il mio sospetto è particolarmente alimentato dal *iure*, che non torna nella costituzione di cui disputiamo, e, in ogni caso, l'indeterminatezza si potrebbe rimproverare ad « eius qui iubere potuit », non già a « servandi iudicati causa occupavit » (1), che sono le parole decisive per l'interpretazione di C. 8. 17. 4.

Alla tesi della Lepri ostano due motivi capitali.

Caracalla fa dipendere il *praeponi* della città di Eliopoli dalla circostanza che essa è stata immessa « in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem » e per il privilegio l'affermazione sarebbe falsa, ponendo che quelle parole alludano alla *missio rei servandae causa*. Il concorso dei creditori non è una condizione o una causa del privilegio, sibbene l'occasione in cui esso riesce utile e si fa valere. Pertanto non si poteva logicamente scrivere « cum... proponis, intellegis... praeponi », se fosse stata questione del *privilegium exigendi*, poichè la poziorità del creditore privilegiato esiste sempre e quella di Eliopoli verrebbe subordinata al fatto dell'immissione (2).

L'altro motivo che impedisce di accettare la critica della Lepri è che nel titolo D. 42. 5, la *sedes materiae* per la dottrina dei *privilegia exigendi*, il privilegio delle città è stato conservato e generalizzato coi fr. 37 e 38. 1; nè si vede perchè

(1) Il problema che seriamente va discusso è quello della genuinità di *occupavit*. Rispondendo affermativamente, poichè *occupare* sembra che designi l'apprensione dei beni, vien fatto di credere che la città fosse dal magistrato autorizzata a impadronirsi del patrimonio dei suoi debitori, come era uso del fisco. Il pignoramento in esecuzione del giudicato non sarebbe avvenuto per mezzo degli ufficiali subalterni del preside.

(2) Ogni lettore deve riconoscere che Caracalla accorda la preferenza ad Eliopoli, perchè è già in un certo rapporto con le cose del debitore. Ed io obiettavo (vol. II, p. 235) che nella *missio rei servandae causa* la poziorità del municipio « primo immesso » non si spiega affatto. La LEPRI, op. cit., p. 7 non ha badato alle parole « primo immesso » e mi ricorda l'istituto del *privilegium exigendi*, che io, discorrendone nella stessa pagina, non potevo dimen-

dimenticato

nel Codice i compilatori si sarebbero volti all'impresa di abolirne la menzione.

Concludendo, è vano discutere se il municipio di Eliopoli godesse il privilegio. Non ne sappiamo nulla e al privilegio certamente non si riferiva C. 8. 17. 4.

Contro l'estensione del privilegio a tutti i municipii ritengo di poter invocare anche C. 11. 30. 2 (Antonin.), sia genuino o, come è più probabile, glossato.

> An res publica, in cuius locum vos successistis eo, quod satisfecisse debito proponitis, ius pignoris in eo fundo habeat, apud suum iudicem quaeritur (1). [Si enim neque beneficio sibi concesso id ius nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi perspexit, causa eius non separatur a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem].

Con « quaeritur » finisce il rescritto (2). Caracalla declinava il compito di risolvere questioni di fatto. Ma alla tagliente risposta il glossatore (3) ha voluto aggiungere l'illustrazione non molto peregrina che il diritto di pegno si poteva acquistare dalla città o per pubblica concessione o per accordo privato.

Già da questa notizia noi potremmo desumere un argomento per la nostra tesi, affermando che, come il pegno legale era una concessione particolare (4) di cui godevano alcuni municipii, così è da stimare che un'identica disciplina valesse per l'altra garanzia rappresentata dal privilegio. Ma l'argomento più forte si ricava dal silenzio che C. 11. 30. 2 mantiene sul privilegio. Il testo dichiara che, tolte le due ipotesi del pegno, « causa... non separatur a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem ». Come si è potuto dimenticare che il credito della città, essendo privilegiato, *separatur* dai crediti chirografarii? La dimenticanza è inconcepibile da parte dell'imperatore e non è facilmente ammissibile nemmeno da parte di un glossatore, se tutti i municipii avessero goduto il privilegio. Invece, pensando che questo non fosse generale, l'oblio è spiegabile, anche senza ricorrere alla supposizione, d'altronde per nulla arbitraria, che il glossatore vivesse in una provincia, dove editti o decreti dei presidi accordavano ai crediti delle città il beneficio del pegno,

(1) La LEPRI, op. cit., p. 8 suppone che Antonino, rinviando per la decisione, scrivesse *quaeretur*. L'autrice non ha inteso il valore del presente *quaeritur*. Caracalla non rinviava il postulante dinanzi al giudice, perchè non sapeva e non si curava di sapere se volesse andarci. Seccamente e recisamente (quindi col tempo presente) egli dichiarava che le questioni di fatto sono decise dal giudice e non dall'imperatore.

(2) L'impurità di « si enim... actionem » è segnalata anche dalla LEPRI, loc. cit., che rileva « si enim », « specialiter », gli indicativi « nacta est » e « perspexit ». Aggiungiamo « personalem actionem ».

(3) Io penso all'autore o agli autori del commento di cui ho indicato alcune tracce nella *Festschrift Kaschnker*, I, p. 52 sgg.

(4) Che questo beneficio sia stato accordato risulta anche da D. 20. 6. 12 pr., in cui Paolo (5 resp.), dopo aver detto che il consenso del primo creditore pignoratizio alla concessione per un terzo creditore del diritto di pegno sullo stesso oggetto importa la rinunzia del primo al suo diritto e non il subingresso del terzo, soggiunge « idem observandum est et si res publica tertio loco crediderit ».

Il DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 477, n. 5 ed il MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 390 osservano giustamente che la dichiarazione relativa al municipio deve originare dall'idea qua e là affacciatasi che il pegno del municipio fosse privilegiato. La stessa idea ispirava i dubbi di Varo, a cui Antonino Caracalla rispose (C. 8. 17. 3) « si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior in tempore, ita potior iure ». Ora io avverto che la poziorità non cronologica si unisce piuttosto al pegno legale che al convenzionale. E aggiungo che le parole « idem... crediderit » non sono di Paolo. Se fossero genuine, dipenderebbero da « Paulus respondit » e il verbo, come nel discorso precedente, sarebbe di modo infinito (*esse*, non *est*). Il glossema, che risolve un quesito estraneo al caso per cui il giureconsulto era stato interrogato, prova, insieme con la giunta « ...beneficio sibi concesso id ius nacta est... » di C. 11. 30. 2, l'esistenza del pegno legale in favore dei municipii, almeno nell'età postclassica. E qualcosa di simile è il risultato della norma dettata da Costantino (C. 11. 33. § 1 dell'a. 314) per i mutui concessi dalle città: « ...placuit, si qui debitor rei publicae civitatis quippiam ex eo patrimonio, quod habuit, cum pecuniam rei publicae sumeret, donaverit vel distraxerit vel qualibet in alium ratione contulerit, qualitate rei alienatae perspecta atque omnibus debitoris facultatibus consideratis, quas habuit, cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris facultatibus aliquid detinet, ex sorte atque usuris postulari ».

che noi chiameremmo legale, anzichè quello del *privilegium exigendi* (1).

Il buon metodo esegetico-critico ottiene per le città questi risultati sicuri. Al tempo classico il *privilegium exigendi* era il diritto di talune città; nella nuova epoca è concesso a tutte, ma le fonti giustinianee non lo distinguono più nettamente dal pegno legale privilegiato (2) e dal *ius capiendi pignoris* (protopraxia). È lo stesso fenomeno veduto per il *privilegium exigendi* del fisco.

13. — Nei frammenti che D. 42. 5 ha estratto dal l. 63 ad ed. di Ulpiano la serie dei *privilegia exigendi* s'inaugura con quello dell'*actio funeraria.*

D. 42. 5. 17 pr. (Ulp. 63 ad ed.). — Quaesitum est, utrum ita demum privilegium habet funeraria, si is cuius bona veneunt funeratus sit, an etiam si proponas alium esse funeratum. Et hoc iure utimur, ut quicumque sit funeratus, id est sive is, cuius de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum, si viveret, funeraria actione

(1) Nel vol. II, p. 235, n. 2 citando C. 11. 30. 2 a prova che l'esistenza del privilegio « per tutti i municipii non è sicura », io mi riservavo di sviluppare il mio pensiero nella sede competente. La LEPRI non ha potuto intuire il mio ragionamento e così ha scritto che la fonte da me addotta non serve al mio scopo... perchè non parla nè di *missio* nè di *bonorum venditio.*

(2) Solamente il pegno privilegiato può spiegare l'oscuro *etiam* di C. 8. 18. 4 (Diocletian.).

Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius rei publicae.

L'offerta del pagamento al primo creditore ha sempre lo scopo di subentrare nel suo grado e di acquistare il possesso, l'azione pignoratizia, la facoltà di vendere, che spettano solamente al primo (cfr. SCHULZ, *Zeitschr. Sav. St.*, 27, p. 104 sgg.); e non si capisce in quali altri diritti (*etiam*) dovrebbe succedere il secondo creditore. Io darei ad *etiam* il valore seguente: il creditore posteriore subentra anche nel pegno della città, quantunque si tratti di un pegno privilegiato. Chi ha aggiunto *etiam* probabilmente non avvertiva che « fundus est obligatus » indica un pegno convenzionale e riteneva che per la città il pegno nascesse tacitamente dal contratto di credito.

cogi oporteret, privilegio locus sit parvique referre dicamus, qua actione hic sumptus repetatur, funeraria an familiae erciscundae an qua alia, dummodo sumptus funeris causa factus sit [. Quacumque igitur actione ob funeris sumptum utatur, etiam funerariam ei competere. Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est, dicendum est locum esse privilegio, si modo quis non abiciendi privilegii causa stipulatus est].

Io non dubito che l'ultimo brano sia una glossa. Nella corta frase «quacumque... competere » si riuniscono 5 vizi: 1) « utatur » non ha soggetto; 2) « funerariam » è insensato e si vuole emendare in « funerariae privilegium (1); 3) « ei » cerca un nome a cui riferirsi; 4) l'infinito « competere » è ingiustificabile; 5) tutta la frase compendia e ripete ciò che prima era stato detto ampiamente e lucidamente. Anche la deduzione « quare rell » è superflua, poichè il giureconsulto aveva ammesso il privilegio in ogni azione (*an qua alia*); « si modo » regge l'indicativo ed importa la ricerca di un *animus* alla maniera bizantina (2).

Senza macchie non è nemmeno la prima parte del testo. Pone il quesito se l'*actio funeraria* sia privilegiata solamente nei beni del morto a cui furono resi i funerali e dà una risposta complessa, di cui il secondo elemento « parvique referre... » decide una questione diversa, e cioè se il privilegio competa nella sola *a. funeraria* o anche in altre azioni. Tuttavia io penso che ambedue i membri della risposta siano autentici. Il passo non è solamente ampliato, come stima il BESELER; ma allargato nella seconda parte e ristretto nella prima.

Ciò che non posso menar buono nell'attuale contesto è l'inciso « si viveret ». A spende per i funerali di un brav'uomo che ha lasciato erede B. Certo può accadere che B muoia

(1) Ved. *Index interpolat.*

(2) Il BESELER, *Studia et docum. hist. et iur.*, 1, p. 277 nega la classicità di *abiciendi* e tiene per sicuramente spurio « si modo rell. ».

avanti di essere convenuto da A con l'*a. funeraria* e che si apra il concorso sui beni di B defunto; ma non v'è ragione che Ulpiano si fermasse a questa ipotesi. Sarà più frequente il caso che A chieda il risarcimento delle spese a B vivo; e per questo caso la condizione « si viveret » è assurda.

Non ostante le critiche suespresse, io giudico che le dichiarazioni di D. 42. 5. 17 pr. si possano accettare anche per il diritto classico. Il credito delle spese funerarie era privilegiato con qualunque azione si facesse valere; e tanto sul patrimonio del defunto a cui erano state tributate le onoranze funebri quanto sul patrimonio degli obbligati a sostenere le spese relative.

Privilegiata era anche l'azione di D. 11. 7. 46. 2 (Scaev. 2 quaest.), sebbene non fosse l'*a. funeraria.*

> Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit et privilegium funerarium.

Per i funerali del testatore l'erede ha adoperato le vesti legate (1). Nel titolo delle Pandette 11. 7 « de religiosis et sumptibus funerum... » l'azione, di cui si tace il nome, dovrebbe con ogni probabilità identificarsi nell'*a. funeraria* (2). Ma per il testo originario questa interpretazione è esclusa.

L'autore non avrebbe aggiunto « et privilegium funerarium », se l'azione ch'egli voleva dare fosse stata l'*a. funeraria*, perchè tutti sapevano che era munita del privilegio; od almeno sarebbe stato pleonastico « funerarium ». Le parole « et privilegium funerarium » provano che si trattava di

(1) Contro l'opinione della Glossa che i vestiti siano stati adoperati per il funerale dal legatario stesso cfr. De Francisci, *Filangieri*, 40 (1915), p. 22, n. 1.

(2) Appunto il De Francisci, loc. cit., ritiene che i compilatori abbiano concesso l'*a. utilis funeraria*. Ma generalmente non sembra che sia probabile l'introduzione da parte dei giustinianei di un'*a. utilis*. Questo nome è classico e il diritto bizantino ha superato la distinzione fra azioni dirette ed utili.

un'azione diversa, e precisamente dell'azione con cui si chiedeva l'adempimento del legato.

Questa azione non competeva più e si poteva dare solamente come *utilis*, perchè inconsapevolmente l'erede aveva erogato le vesti nei funerali (1). Ma le stesse parole « et privilegium... » vietano di pensare ad un *legatum per vindicationem*. Ne discenderebbe una *rei vindicatio utilis*, alla quale non potrebbe associarsi il privilegio che opera solamente tra le azioni personali.

Il testo originario sarà ricostruito nella sua sostanza, leggendo:

> Ei, cui vestimenta *per damnationem* legantur, si *ab herede ignorante* in funus erogata sint, utilem actionem *ex testamento* in heredem dandam...

Che poi l'*a. utilis* sia interpolata è detto dal De Francisci (2), ma non è dimostrato. Infatti con l'allegare i ritocchi portati dai compilatori al pr. e al § 1 del fr. 46 non si avviva nemmeno un indizio contro il § 2. Nè certo la tesi dell'interpolazione è appoggiata dalla differenza esistente in D. 31. 63, dove i commissarii giustinianei avrebbero per lo stesso caso accordato un'*a. in factum* (3).

(1) Per l'uso sciente da parte dell'erede non sarebbero venute meno la *vindicatio legati* o l'*actio ex testamento*.

(2) Col quale avrebbe consentito il Segrè in una comunicazione epistolare. Cfr. De Francisci, loc. cit.

(3) Il passo è di Callistrato (4 ed. monit.):

> Si heres rem legatam ignorans in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. Sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

L'interpolazione di « sed... praestetur » è ammessa da varii autori citati nell'*Index interpolat.*, da H. Krüger, *Zeitschr. Sav. St.*, 37, p. 308, n. 1, e dal Frese, *Studi Riccobono*, IV, p. 435, n. 158. Io inclino a reputare l'addizione pregiustinianea.

La dissonanza si spiega meglio, se poniamo che in ordine alla concessione dell'azione i compilatori abbiano modificato un solo frammento (1) o che entrambi siano pervenuti nelle mani di Triboniano già alterati su quel punto.

Per quest'ultima ipotesi (2) è da dire che, attribuendo all'*a. utilis ex testamento* la caratteristica di privilegiata, il commentatore non si allontanava dallo spirito del diritto classico.

Nego invece che il credito delle spese funerarie prevalesse sul diritto di pegno. La dottrina opposta si fonda in Paul. I. 21. 15; D. 11. 7. 45 e 14 § 1. Ma il principio che:

> Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt (3), praeferri constitit

è affermato da Diocleziano (C. 8. 17. 9) senza il limite di nessuna eccezione; e, come riflettiamo che nel sistema romano i creditori pignoratizi non partecipavano al concorso (4) ma realizzavano indipendentemente il loro diritto, la eccezione deve sembrare « quasi impossibile » (5). Se fossero genuine, le espressioni, in apparenza troppo larghe, di Paul. I. 21. 15 e di D. 11. 7. 45 (Maecian. 8 fideicom.) potrebbero restringersi ai soli creditori chirografarii.

(1) Nel fr. 46. 2 io ho supposto da parte dei giustinianei non la concessione di un'azione al legatario che ne mancava, ma interpolazioni privative, che sono tutte facilmente giustificabili. *Per damnationem* doveva sparire insieme con la varietà nelle specie dei legati; *ab herede ignorante* ed *ex testamento* sono stati cancellati, perchè in ogni ipotesi i compilatori volevano permettere l'*a. funeraria*.

(2) Ed anche per il caso che si stimi aggiunta la frase « et privilegium funerarium ».

(3) Il Pringsheim, *Kauf*, p. 150, n. 1 sospetta che « quae... competunt » sia tribonianeo. Potrebbe anche essere un glossema.

(4) Cfr. C. 7. 72. 6 (Diocletian.). « ...si quidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur. quod si specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae ac sine successore communis debitor [vel heres eius] decessit... possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest »; 10 (Iustinian.), che regola la *missio in bona* per i creditori « super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae ».

(5) Così Vangerow, *Pandekten*, III, p. 223.

> Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur.
>
> Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.

Ma forse avranno subito qualche alterazione estensiva del pensiero originario? (1).

Eccezionale è veramente la decisione di D. 11. 7. 14. 1 (Ulp. 25 ad ed.), in quanto permette di alienare anche gli *invecta et illata*.

> Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri...

Ma da questo sacrificio imposto al locatore (2) non si può desumere una conclusione per il rapporto fra il privilegio di chi, avendo sostenuto le spese dei funerali, ne chiede il rimborso, ed il pegno (3).

14. — Poi Ulpiano (D. 42. 5. 17. 1) commentava il privilegio accordato a garanzia della dote.

Non sappiamo che sia stata mossa la questione analoga a quella veduta per l'*a. funeraria*, cioè se il *privilegium exi-*

(1) Su D. 11. 7. 45 ha elevato sospetti il Biondi (ved. *Index interpolat.* e Supplem. I), ma egli salva le parole più ostiche « omne creditum solet praecedere ».

(2) Scriveva il Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 303 che del principio dettato da Pomponio è tanto splendida l'umanità quanto è difficile la giustificazione in linea giuridica.

(3) Cfr. Vangerow, loc. cit.

gendi competesse nella sola *actio rei uxoriae*; ma D. 46. 2. 29 (Paul. 24 quaest.) permette di concludere che spettava anche nell'*actio ex stipulatu* (1).

> Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur [, si id specialiter actum est] (2): quod nemo dixit lite contestata...

La stipulazione ha efficacia novativa ed estingue il privilegio, se conclusa dopo il divorzio; la promessa di restituire la dote, se avvenga prima o durante il matrimonio, non dovrebbe infirmare il privilegio della dotata.

Discusso è un altro problema: se il privilegio si estendesse alla *condictio* per chiedere la restituzione della dote in un matrimonio mancato o nullo. I testi giustinianei accolgono la soluzione affermativa; ma io aderisco alla critica che li ritiene spurii, e precisamente modificati nell'età postclassica (3).

> D. 42. 5. 17. 1 (Ulp. 63 ad ed.) — Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit:

(1) Cfr. CZYLHARZ, *Dotalrecht*, p. 407. Di opinione contraria sono GIRARD, *Manuel*[8], p. 1019, n. 5; MONIER, *Manuel*[2], I, p. 384; LAURIA, *Atti della R. Accad. di Scienze Mor. e Polit. di Napoli*, 58, p. 288.

(2) Quest'emblema o glossema è notissimo: ved. *Index interpolat.* Ma dello stesso tipo è la riserva enunciata in D. 42. 5. 17 pr, con le parole « si modo... est » (ved. retro p. 161).

(3) Contro l'interpolazione giustinianea il PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 150, n. 1 osserva che l'imperatore bizantino, avendo assicurato il credito dotale con un pegno privilegiato, non poteva concedere un privilegio concorsuale, che sarebbe stato inutile; e per nessun caso è dato rinvenire un privilegio di tal sorta introdotto da Giustiniano.

> D. 42. 5. 18 (Paul 60 ad ed.). — (interest enim rei publicae et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit).
>
> D. 42. 5. 19 pr. (Ulp. 63 ad ed.). — dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium.

La *ratio dubitandi* « tametsi ipsa dotem condicit » è incompatibile con « aequum est... ad privilegium admitti », perchè non costituisce un ostacolo del privilegio, ma è anzi una condizione necessaria che attrice sia la donna. Chi voglia ripristinare il rapporto logico deve capovolgere la decisione e vi ha pensato il DI MARZO (1), consigliando di ricostruire:

> ... tamen *non potest* ad privilegium admitti, *quia* nullum matrimonium contractum est.

Per la seconda parte il DI MARZO propone di restituire *non* avanti *idem*. Ma non possiamo seguirlo. D. 12. 4. 8 (Nerat. 2 membran.), allegato dal VOLTERRA (2), mostra che la donna dedotta in matrimonio prima dei 12 anni era trattata dal diritto classico come una fidanzata (*sponsa*). Il DI MARZO si fonda sopra D. 42. 5. 18, che i compilatori hanno strettamente unito al fr. 17. 1 per giustificarne la decisione in ordine alla « minor duodecim annis »; ma D. 23.3. 3 (Ulp. 63 ad ed.) mena al risultato opposto.

> Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.

Questo passo, che si collegava a D. 42. 5. 17. 1 e 19 pr. (3), esclude il privilegio ogni qual volta manchi il ma-

(1) *Lezioni sul matrimonio romano*, p. 46 sgg.

(2) *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 40, p. 119 sgg. Anch'io ritengo spurii « si divortium... repetitio » e « autem ».

(3) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, Ulp. 1433.

trimonio. Ulpiano ha un pensiero inflessibilmente logico. Privilegiato è il credito dotale; ma non c'è dote senza matrimonio e conseguentemente per l'apporto patrimoniale, che intervenga dove il matrimonio non esiste, è impossibile il *privilegium exigendi*. La considerazione del fr. 18 illumina un'opportunità pratica col povero senno di chi adopera esclusivamente il metro del materialismo economico. Vero è in effetti che la dote renderà più facile il collocamento a suo tempo della fanciulla ora immatura, ma è eccessivo dire che solo con la dote integra « nubere possit ». E questa affermazione sballata dovrebbe appartenere a Paolo, un cervello più dommatico e dialettico che non fosse Ulpiano! Io invece scorgo in D. 42. 5. 18 una glossa al l. 60 ad ed. di Paolo (1), che i commissarii giustinianei si compiacquero di riunire al frammento già alterato di Ulpiano.

D. 42. 5. 19 pr. corre la medesima sorte (2) dei fr. 17 e 18; il tono quasi legislativo di *dabimusque* (3) rivela che lo scrittore non è Ulpiano.

Benchè Ermogeniano non sia un autore classico, siamo certi che D. 23. 3. 74 (5 iur. epitom.) è stato rimaneggiato (4).

> Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.

Io restituisco il testo originale:

> ... habeatur, dotis condictioni privilegium non tribuitur

e la glossa:

> exemplo dotis actionis privilegium, quod inter personales actiones vertitur, condictioni favoris ratione tribui placuit.

Non c'è dote « si mulier in condicione mariti erraverit putaveritque esse liberum, cum servus esset » e non è classica (1) l'affermazione di D. 24. 3. 22. 13 (Ulp. 33 ad ed.):

> concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem...

Curioso è il « quasi privilegium »; se la donna fosse preferita agli altri creditori, godrebbe un *privilegium* e non un *quasi privilegium*. Più strano è che si parli di « bonis viri », quando il preteso marito è un servo e il privilegio non potrebbe aver luogo che nell'*actio de peculio* contro il padrone (2). Verosimilmente Ulpiano scrisse: « concedi *non* oportet privilegium in actione de peculio ».

Il privilegio era personale e non si trasmetteva agli eredi della donna.

(1) Nè temo che mi si opponga l'altro frammento di Paolo (D. 23. 3. 2) « rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt ». Il luogo è estratto dallo stesso l. 60 ad ed. e sull'autenticità di « propter... possunt » io debbo esprimere le stesse riserve. Più equilibrato è il linguaggio di Pomponio (15 ad Sab.) in D. 24. 3. 1.

(2) Il PEROZZI, *Istituzioni*², I, p. 404, n. 6 lo dichiara interpolato « per indizi comuni » agli altri passi.

(3) Io lo assegnerei a Triboniano, che, avendo accolto i glossemi dei fr. 17. 1 e 18, doveva trasformare in positiva la conclusione negativa di Ulpiano.

(4) Ad ALBERTARIO e PRINGSHEIM citati dall'*Index interpolat.*, aggiungi DI MARZO, op. cit., p. 47; VOLTERRA, op. cit., p. 122 sgg.; PEROZZI, loc. cit.

(1) Ved. *Index interpolat.*

(2) Caracalla in un caso consimile accorda l'*a. de peculio*, ma del privilegio non fa parola (C. 5. 18. 3).

C. 7. 74. 1 (Sever. et Antonin.) — Scire debes privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote (1), ad heredes non transire.

Giustiniano nella Nov. 91 pr. (a. 539) concede il privilegio anche ai figli della dotata.

15. — Del privilegio accordato al pupillo e ad altri incapaci sui beni dei loro amministratori ragionano varii testi. Riporto insieme quelli contenuti nel titolo D. 42. 5.

19. 1 (Ulp. 63 ad ed.). — Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat (2) qui gessit sive heres eius [ceterique successores]. Ipse autem pupillus habet privilegium, sed eius successores non habent. Sed aequissimum erit ceteros quoque, quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur,

20 (Paul. 60 ad ed.). — vel surdo muto,

21 (Gai. 24 ad ed. prov.). — vel fatuo

22 (Ulp. 63 ad ed.). — idem privilegium competere. 1. Sed si bonis curator datus sit vel absentis (3) vel ab hostibus capti [vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate] (4), non oportebit privilegium dari: non enim in eadem causa est.

(1) È probabile che « de dote » sia interpolato per *rei uxoriae*; ma Antonino poteva parlarne in rapporto al caso di Fermo, il destinatario del rescritto, e non ci obbliga ad abbandonare la tesi che del privilegio godesse anche l'*a. ex stipulatu* per la restituzione della dote.

(2) Questo verbo non è certamente esatto, ma non altrettanto sicura è la sostituzione di *conveniatur* proposta dal NABER, *Mnemosyne*, 25, p. 284, n. 3 ed accettata dal PETERS, *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 193, n. 1. Io preferisco leggere « nec interest, *ipsius bona veneant* qui gessit *an heredis* eius ». *Conveniatur* non avrebbe dato alcuna molestia ai compilatori, mentre nella mia congettura la sostituzione potrebbe essere stata provocata dal desiderio di sopprimere con « bona veneant » il ricordo dell'antica forma di esecuzione.

(3) Qui i compilatori hanno soppresso le parole *rei publicae causa sine dolo malo*. Ved. vol. I, p. 83.

(4) Ved. vol. II, p. 4.

23 (Paul. 60 ad ed.). — Si negotium impuberis aliquis ex officio amicitiae gesserit, debet bonis eius venditis (1) privilegium pupillo conservari: et ita accepi.

24 pr. (Ulp. 63 ad ed.). — Si ventri curator datus sit nec partus editus, privilegium cessabit.

Il fr. 19. 1 è certamente rimaneggiato. Manca il furioso, a cui il privilegio era attribuito dall'editto (D. 27. 10. 15. 1); manca il prodigo che sia soggetto a cura legittima. I *debiles* sono ricordati prima dei *prodigi* ed entrambi sono opposti ai pupilli come « ceteri, quibus *curatores* dantur », mentre è ovvio che ai pupilli sono dati i *tutores*. Queste critiche furono mosse dal LENEL (2).

Io poi ho obiettato (3) che, se v'erano persone alle quali si davano i curatori « quasi debilibus », per il solo fatto della loro inferiorità fisica od intellettuale, non ve n'erano a cui si potessero dare « quasi prodigis », dietro la mera constatazione della prodigalità: i prodighi dovevano prima essere interdetti. *Aequissimum est* è molte volte sospetto. Credo pertanto di poter ritenere che « sed... dantur » non sia stato scritto da Ulpiano (4), benchè esprima una regola classica. Senza dubbio il privilegio sui beni dei curatori competeva a tutti quanti fossero obbligatoriamente soggetti a cura. Ciò è confermato da D. 27. 10. 15. 1 (Paul. 3 sent.), almeno nel testo giustinianeo.

In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur. Prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto

(1) Ved. sopra p. 108, n. 3.

(2) *Zeitschr. Sav. St.*, 35, p. 185. Ma vedi ciò che osservo in *Curator impuberis*, p. 104, n. 1.

(3) *Studi Bonfante*, I, p. 50, n. 11.

(4) Il PETERS, *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 193, n. 1 opina che « sed aequissimum... » nel testo originario fosse preceduto dalla clausola dell'editto circa il *curator furiosi* e dalla relazione delle dispute tra giureconsulti.

non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur (1).

Il privilegio non era dato contro il curatore dell'*absens rei publicae causa sine dolo malo* e del *captus ab hostibus*, perchè queste cure non sono obbligatorie e i creditori, a cui di regola (2) profittano, non sono incapaci. Cessa il privilegio contro il *curator ventris*, se il parto non si verifica, perchè in questa ipotesi la cura risulta gerita nell'interesse di altri successibili e non del nascituro.

Pertanto il privilegio non spettava al *minor* XXV *annorum*, per cui la capacità di agire e la volontarietà della cura nel diritto classico sono fuori questione. Nè imbarazza D. 26. 7. 11 (Ulp. 33 ad ed.).

> Circa pupillum, cuius tutor servus erat pronuntiatus, divus Pius rescripsit in rebus, quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti praerogativa deductionis. Quod et in curatore observandum est.

Se il singolare *curatore* fosse genuino, non alluderebbe al *curator minoris*. Si può pensare col LENEL (3) che fosse necessario estendere ai casi della cura la decisione pronunciata da Antonino Pio per il caso della tutela; ma Ulpiano avrebbe dovuto scrivere *in curatoribus*, perchè le specie dei curatori sono in numero plurale, o almeno, se il privilegio

(1) *Omnes omnino* è una generalizzazione cattiva nella forma e nella sostanza. Che il privilegio non si abbia contro tutti i curatori è provato da D. 42. 5. 22. 1, L'interpolazione di « et omnes omnino », da me già vista in *Minore età*, p. 169, è ammessa anche dal LENEL, *Zeitschr. Sav. St.*, 35, p. 186. Ma, dove io supponevo che Paolo indicasse nominativamente i varii privilegiati, il Lenel preferisce ritenere che il giureconsulto menzionasse solamente il prodigo, così: « prodigus, etiamsi in edicto non fit *eius* mentio, in bonis curatoris decreto privilegium *consequitur* ».

(2) Ved. vol. II, p. 52.

(3) *Zeitschr. Sav. St.*, 35, p. 186 sgg. Cfr. il mio *Curator impuberis*, p. 103 sgg.

spettava solo ad alcuni curandi, nominarli specificatamente. « Quod... est » nasconde, nell'ipotesi più moderata, un'interpolazione privativa.

Sul privilegio delle persone soggette a tutela o cura rileveremo alcuni particolari.

a) Per il privilegio del pupillo valeva la regola che « non causae sed personae succurritur » (1).

Una conseguenza di questa regola è che il privilegio non si trasmette agli eredi.

> D. 50. 17. 196 (Modestin. 8 regul.). — Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae. Et ideo quaedam (2) ad heredem transmittuntur, quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredem non transeunt.

Negano il privilegio agli eredi del pupillo D. 42 5. 19. 1 (3) e D. 26. 7. 42.

Un altro effetto, secondo PETERS (4), sarebbe che il *privilegium exigendi* è anche dato contro un protutore (D. 42. 5. 19. 1; 27. 3. 25) (5) ed un gestore di negozi (D. 42. 5. 23). Ma il valore di quest'ultimo passo (6) è dubbio.

A me non sembra che, avendo scritto « debet... privilegium pupillo conservari », il giureconsulto potesse concludere « et ita accepi ». Dopo l'affermazione categorica di un

(1) Cfr. D. 26. 7. 42 (Papinian. 1 definit.). Il passo non è immacolato (ved. *Index interpolat.*) e la stessa proposizione « non enim causae rell. » è stata attaccata dall'ALBERTARIO. Ma che il privilegio pupillare appartenga alla categoria dei privilegi personali è indubitabile. Ved. il num. 23.

(2) Qui deve esserci un guasto. Il KRÜGER ad h. l. propone « et ea quidem » (cfr. anche BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 487); il MOMMSEN cancella « quaedam ».

(3) Riportato a p. 170.

(4) *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 193.

(5) Il primo testo è riportato a p. 170; il secondo dice « non solum tutelae privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius, qui pro tutela negotium gessit... » e, benchè sia di Ermogeniano (5 iur. epitom.), stimo di dover correggere « ...pro *tutore negotia* gessit ».

(6) Riportato a p. 171.

dovere, non esiste più la libertà di scelta, che è presupposta dall' « accepi ». Questo verbo fa pensare che il punto fosse contrastato e che *debet* non sia autentico. *Tutor* e *pro tutore gerens* erano probabilmente nominati nell'editto; la questione, se il pupillo godesse il privilegio contro colui che per amicizia « negotium impuberis gesserit », era aperta e risolubile in vario senso (1).

Dal carattere personale del privilegio si vuol dedurre (2) anche la conseguenza che esso valga in qualunque azione del pupillo. Ma di ciò non è alcun sentore nelle fonti. D. 15. 1. 52 (Paul. 4 quaest.) ammette il privilegio nell'*actio tutelae* e *quasi tutelae de peculio*.

> Ex facto quaeritur: qui tutelam quasi liber administrabat, servus pronuntiatus est. An si conveniatur eius dominus a pupillo, cuius quidem potiorem causam quam creditorum ceterorum servi habendam rescriptum est (3), [an vel] (4) id deducatur ex peculio, quod domino debetur? Et si putaveris posse deduci, an intersit, utrum, cum adhuc in libertate ageret, domino debitor factus est, an postea? Et an de peculio impuberi competat (5). Respondi nullum privilegium praeponi patri

(1) In senso negativo era stata risolta la questione se al pupillo spettasse il privilegio sui beni del magistrato che aveva dato il tutore. Cfr, D. 27. 8. 1. 14 (Ulp. 36 ad ed.); *Ulpiani disputat. fragm. argentorat.*, 11.

(2) Cfr. Peters, op. cit., p. 192 sgg.

(3) È il rescritto di Antonino Pio ricordato da D. 26. 7. 11: ved. p. 172.

(4) Cfr. Scialoja e Fadda, *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 13, p. 84 sgg.

(5) L'Albertario, *L'actio quasi institoria*, p. 6 ritiene interpolata questa proposizione interrogativa, perchè vi è la menzione concreta dell'*a. de peculio* senza che preceda *actio*. Si potrebbe aggiungere un altro motivo di sospetto, e cioè che a rigor di logica la questione sulla competenza dell'*a. de peculio* dovrebbe essere proposta prima di quella relativa alla deducibilità dei crediti dominicali, che non nasce se la prima sia risolta in senso negativo. Ma io non posso dimenticare che i quesiti provengono dal cliente di Paolo e ad un laico è lecito attribuire tanto la mancanza di *actio* quanto il difetto di ordine nell'esposizione.

> vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur (1). [Plane in ceteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum: quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit? Merito igitur et in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est, et quia occupantis melior solet esse condicio, quam ceterorum inhibebitur actio. Plane si ex re pupilli nomina fecit vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt: hic enim alienare eos non potuit: quod et in quovis tutore dicendum est] (2). Nec [tamen] interesse puto, quando domino de-

(1) È possibile che la menzione del *pater* e del *filius* sia compilatoria, come vuole l'Albertario, loc, cit., o, forse meglio, aggiunta da un glossatore. Ma non è sicuro. Benchè oggetto della *quaestio* fosse la tutela amministrata da un libero poi dichiarato servo, Paolo, muovendo dal principio che disciplinava il rapporto tra il *privilegium pupilli* e la *deductio ex peculio*, ben poteva ricordare il principio in tutta la sua ampiezza comprensiva del figlio e del servo.

(2) Tutto il brano è intruso: così l'Albertario, op. cit., p. 9. E già il Peters, op. cit., p. 253 sgg. l'aveva attaccato, salvando unicamente « merito.., rescriptum est ». Per prova adduceva le seguenti ragioni: 1) Le domande del cliente non si riferivano al conflitto con le pretese degli altri creditori, bensì con la *deductio* del *dominus*. 2) La frase « plane... administravit » è tolta letteralmente dal § 1, dove « ratio privilegiorum » è esatta, perchè vi è discorso di due privilegi, della dote e della tutela, mentre il pr, tratta di un privilegio solo, quello della tutela. (Ma l'argomento è labile per i sospetti che gravano sul § 1: cfr. Pringsheim, *Kauf*, p. 134, n. 1). 3) La decisione nel caso del figlio non era tanto intuitiva da potersi richiamare, con l'interrogativo retorico « quid enim... », per la soluzione del problema rispetto al servo. 4) In « quam ceterorum inhibebitur actio » si avverte un guasto, che ha provocato diverse emendazioni. 5) *Inhibere* dovrebbe qui avere il significato di *differre* (ved. il § 1), ma altrove è sempre sinonimo di *denegare*. Anche questo argomento è contestato dal Pringsheim, loc, cit.; ma la disputa è superata, perchè a noi, come al Levy, *inhibere actionem* non sembra mai classico. 6) Due volte si usa *plane*, che è spesso interpolato. 7) Sussiste l'impossibilità grammaticale di riferire *ei* al pupillo (ciò che avevo notato anch'io in *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 22, p. 78).

I motivi dell'Albertario sono meno rilevanti e meno sicuri, eccettuati il « rincorrersi del *plane* », la « generalizzazione *quod et in quovis tutore dicendum est* » che è falsa e merita le critiche del Fabbo (da me non convenientemente apprezzate in *Bull.* cit., p. 81), la constatazione che il brano seguente « nec... interesse puto rell. » si riattacca benissimo dopo « conveniuntur ». Ma bisogna espungere *tamen*, come appunto suggerisce il Peters.

bere coepit, utrum cum in libertatis possessione esset an postea: nam et si Titii servo credidero eiusque dominus esse coepero, deducam quod prius credidi, si conveniri de peculio coepero. Quid ergo est? Quia de peculio actio deficit (1), utilis actio in dominum quasi tutelae danda erit, ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intellegatur. 1. Si dos filio familias sit data vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio dilata interim ceterorum creditorum actione vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri quod acceperunt [, si inferatur postea cum patre actio privilegii] (2).

Per il nostro tema interessa particolarmente la decisione « quia de peculio actio deficit, utilis actio rell ». Può darsi che nel testo originario essa fosse preceduta da una frase come quella supposta dal MOMMSEN « de peculio autem actio impuberi non competit » e magari che il giureconsulto esprimesse i motivi per cui quest'azione nel caso speciale non

Io nel mio scritto del 1910, deplorevolmente troppo conservativo, avevo pure censurato il chiasmo in cui sono posti gli atti del tutore con le conseguenze giuridiche da loro prodotte: « (1) si ex re pupilli nomina fecit (2) vel pecuniam in arca deposuit — (2) datur vindicatio nummorum (1) et adversus debitores utilis actio »; nonchè *utilis actio*.

(1) L'espressione « actio deficit », secondo PRINGSHEIM, *Zeitschr. Sav. St.*, 42, p. 299, n. 4, potrebbe essere compilatoria.

(2) L'ultima frase è ripudiata anche dal PETERS, p. 253, n. 2. Contiene una spiegazione superflua; *inferre cum* e *actio privilegii* non sono locuzioni classiche. Dobbiamo invece rifiutare l'opinione dell'ALBERTARIO, op, cit., p. 8 sgg. che il § 1 sia interamente di fattura tribonianea. Egli non sa vedervi altro che una risposta alla domanda « quid enim si filius... », anche da noi ritenuta insiticia nel pr. Ma poca forza ha l'argomento che Paolo non doveva occuparsi del punto trattato nel § 1, perchè questo punto non gli era *ex facto* sottoposto. In contrario osserviamo che l'opera del giureconsulto è intitolata *quaestiones*, non *responsa*; ed il responso, dato per un caso realmente avvenuto, porge nella *quaestio* l'opportunità per la disamina di problemi connessi ed analoghi. Più resistenti sono i motivi addotti dal PRINGSHEIM, loc. cit., per negare la classicità di « dilata... acceperunt »; cfr. anche BESELER, *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 464.

competeva (1). Per altro tale congettura non è necessaria. « Quid ergo est », che la renderebbe molto probabile, è una locuzione cara ai commentatori postclassici; e la risposta alla domanda « an de peculio impuberi competat » è data con la proposizione « quia de peculio actio deficit ».

All'ALBERTARIO (2) il brano non sembra classico. Ma dove sono gli « evidenti indizi » che diano una solida base a questa conclusione? Il critico afferma che « quia de peculio actio deficit rell » è interpolato, perchè la domanda « an de peculio impuberi competat » sarebbe indubbiamente compilatoria. Invece, con o senza la domanda del cliente, Paolo doveva necessariamente risolvere il problema se un'azione fosse esperibile contro il padrone del servo, perchè, negata ogni azione *de peculio*, sarebbe stato inutile e ridicolo dettare che nessun privilegio può anteporsi al proprietario « cum ex persona servi de peculio convenitur ».

D'altronde è manifesto che nel caso di cui si tratta l'azione normale *de peculio* è inconcepibile per mancanza del peculio. Sarebbe indifferente che il peculio non esistesse al momento in cui fu contratta l'obbligazione, giacchè l'*a. de peculio* compete anche per i debiti nati prima della concessione del peculio; ma qui la concessione non è avvenuta nemmeno posteriormente, perchè il padrone, che ha fatto riconoscere il suo diritto sullo schiavo, non era tanto sciocco da concedergli un peculio, temendo che sarebbe stato impiegato a pagare i debiti assunti dal servo « cum in libertatis possessione esset ».

Per giovare al pupillo, bisognava dargli quell'*actio utilis de peculio* che l'Albertario vuol sopprimere insieme con la chiusa di D. 15 1. 52 pr.; e l'esistenza del peculio si

(1) Di quest'avviso è il PETERS, p. 255, n. 1.

(2) Op. cit., p. 10 sgg. L'argomento tratto da D. 39. 3. 2. 5 non è probatorio; la concessione dell'*a. utilis*, mancando l'azione normale, può essere in un testo tribonianea e classica in un altro luogo.

fingeva, considerando come tale ciò che il servo, agendo da libero, *pro patrimonio habuit*.

La stessa *actio utilis quasi tutelae de peculio* è presupposta in D. 26. 7. 11 (1), poichè si discute la « praerogativa deductionis » del padrone convenuto dal pupillo « cuius tutor servus erat pronutiatus ». Il privilegio del pupillo, eccettuato il caso del protutore e forse del gestore di negozi, non appare mai con un'azione diversa dall'*a. tutelae*. E può essere suggello del diritto classico D. 26. 7. 9. 1 (Ulp. 36 ad ed.), dove un glossatore ha enunciato la dottrina antica e ferma, scrivendo:

> ...nec quisquam putet nullum effectum hoc habere: namque si quis dixerit in tutelae iudicium devolvi, et privilegio locus est et fideiussores tenebuntur, si rem salvam fore cautum est (2).

b) Il privilegio compete al pupillo, anche se l'*actio iudicati* verso il tutore gli deriva da una sentenza pronunciata contro il rappresentante processuale del tutore.

> D. 27.3.22 (Paul. 13 quaest.).— Defensor (3) tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

c) Mentre il privilegio è perduto, « si post pubertatem tutelae actio novetur » (4) — e ciò conferma che esso spet-

(1) Riportata a p. 172. Non vedo come il PETERS, p. 255 possa riferire D. 26. 7. 11 all'*a. de peculio* ed immaginare un caso diverso da quello previsto in D. 15. 1. 52 pr. e 27. 5. 1. 3 (Ulp. 36 ad ed.), dove per l'amministrazione del protutore servo è dato contro il padrone l'*utile iudicium negotiorum gestorum*. Cfr. *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 25, p. 104.

(2) Oltre i citati dall'*Index interpolat.* (FABRO, PETERS, BESELER) ved. TAUBENSCHLAG, *Z. Sav. St.*, 38, p. 256, n. 2.

(3) Il FRESE, *Studi Bonfante*, IV, p. 443, n. 203 crede che *defensor* stia per *actor*. Molto più probabile è che abbia sostituito *cognitor*.

(4) D. 46. 2. 29 riportato a p. 166.

tava unicamente nell'*a. tutelae* — nessuna decadenza colpiva il pupillo che avesse accettato gli interessi.

> D. 26. 7. 44. 1 (Paul. 13 quaest.). — Sed si pupillus post pubertatem rationibus a tutore acceptis reliquationem eius secutus usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris [venditis]: praetor enim privilegium ei servare debet.

Per le somme che alla chiusura dei conti rimanevano a debito del tutore, si potevano pagare al pupillo gli interessi, senza che fosse menomato il privilegio del pupillo stesso in ordine al credito del capitale (1).

16. — Da un editto di Marco Aurelio il *privilegium exigendi* fu concesso al creditore che aveva prestato denaro per la ricostruzione degli edifici.

> D. 42. 5. 24. 1 (Ulp. 63 ad ed.). — Divus Marcus ita edixit: « Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit ». Quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit.

L'esistenza di questo privilegio è confermata da Ulpiano in D. 12. 1. 25 (l. singul. de off. consularium) e 42. 3. 1 (17 ad ed.). Riporto il primo, sembrandomi che suggerisca una correzione al testo del fr. 24. 1.

> Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam quam crediderit privilegium exigendi habebit.

(1) Il dubbio che fosse altrimenti sorgeva per l'esazione (e non per la promessa) delle usure; quindi *acceptaverit* conferma la mia obiezione (ved. p. 112, n. 4) alla critica del BESELER contro « usuras acceperunt » di D. 16. 3. 7. 2.

Poichè la *pecunia* non è l'oggetto su cui cade il privilegio, ma l'oggetto del credito a cui favore esso è stabilito, dobbiamo ritenere buona la lezione *in pecuniam* di D. 12. 1. 25 e non *in pecunia* di D. 42. 5. 24. 1. Più curiosa è la circostanza rivelata da D. 20. 2. 1 (Papinian. 10 resp.).

> Senatus consulto quod sub Marco imperatore factum est pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi (1) mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit.

Quale rapporto passa tra il senatoconsulto di cui discorre Papiniano e l'editto menzionato da Ulpiano ? Per i due testi risulta che il mutuo « ob restitutionem aedificiorum » sotto gli auspici di Marco Aurelio fu protetto con due garanzie, un privilegio concorsuale e un diritto di pegno (2) sull'edificio (3). È possibile che queste garanzie derivino da due fonti diverse, l'editto e il senatoconsulto (4); ma non sarebbe inverosimile che fossero state accordate da un'unica fonte. In breve, sulla esattezza delle notizie storiche di D. 42. 5. 24. 1 e 20. 2. 1 sarà prudente conservare un po' di scetticismo (5).

(1) Nella frase « ob restitutionem aedificii exstruendi » l'ultima parola c'è di più. Sicuramente non è stata scritta da Papiniano; ma io non vorrei addebitarla nemmeno al senatoconsulto o all'editto di M. Aurelio.

(2) I giuristi bizantini discutevano se fosse un pegno privilegiato. Cfr. lo scolio a Bas. 23. 1. 25.

(3) Le parti ricorrevano anche al *pignus nominis*. Cfr. D. 20. 1. 20 (Ulp. 63 ad ed.) « ...convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat ».

(4) Cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 315. Il Meissner, *Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht*, 1803, p. 194 — citato dal Pringsheim, *Kauf*, p. 151, n. 1 — credeva che *pignus* fosse stato sostituito a *privilegium* da Triboniano.

(5) Gratuita a me pare l'ipotesi del Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 1415 sgg. che M. Aurelio nel suo editto non abbia posto alcun principio nuovo, ma generalizzato ed esteso a tutto l'impero ciò che prima era forse ordinato nell'editto del pretore urbano, cioè per valere solo in Italia.

Invece nessun dubbio oscura il significato economico e sociale di questo vivissimo desiderio di sicurtà per i mutui concessi a proprietari ed appaltatori « ob restitutionem aedificiorum ». Crolli ed incendii nella Roma imperiale (1) rendevano precarie le condizioni della proprietà e del credito edilizii.

17. — Del privilegio dei depositanti ragionammo nel num. 5. Che tale privilegio fosse loro accordato sui beni del banchiere risulta da D. 16. 3. 8. Assai controverso è invece il grado del privilegio, perchè in proposito esiste o sembra esistere un'antinomia fra D. 42. 5. 24. 2 e 16. 3. 7. 2.

Io ho raccomandato una conciliazione, per cui il « solet primo loco ratio haberi depositariorum » di D. 16. 3. 7. 2 dovrebbe riferirsi alla *vindicatio* dei *nummi exstantes* e rimarrebbe così ferma la dichiarazione di D. 42. 5. 24. 2 « in bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt »(2). Ma anche per la nostra ipotesi vale ciò che il Vangerow (3) scriveva di tutti i tentativi compiuti per mettere d'accordo le due leggi giustinianee, e cioè che la confusione delle fonti è tale da non consentire a nessuna opinione lo scioglimento di ogni dubbio.

Nel diritto giustinianeo la difficoltà è aggravata dal § 3 del fr. 7, che pronuncia « simul admittendos » tutti i depositanti. In presenza di questo passo la soluzione del Vangerow ha qualche merito (4). Prescindendo dalla *vindicatio*

(1) Cfr. Carcopino, *La vie quotidienne à Rome*, p. 48 sgg.

(2) Che il depositante fosse posposto agli altri creditori privilegiati ritiene anche il Lenel, *Edictum*[3], p. 429. Invece il Karlowa, op. cit., p. 1416 crede che la prassi, nell'interesse del commercio del denaro, abbia coltivato norme più rigorose di quelle poste dall'editto pretorio contro i banchieri; ma non sembra che con queste dichiarazioni egli sia riuscito a trovare la « spiegazione storica » dell'antinomia fra D. 42. 5. 24. 2 e D. 16. 3. 7, 2-3.

(3) *Pandekten*, III, p. 226.

(4) È accolta anche dal Windscheid, *Pandekten*, II, § 271, nn. 20 e 22.

del denaro ancora esistente « in specie », i depositanti avrebbero con D. 42. 5. 24. 2 l'ultimo posto fra i creditori privilegiati, se il denaro non esistesse più, e prima degli altri creditori privilegiati sarebbero chiamati a dividere fra loro « pro rata » il denaro depositato, se esista ancora ma non si possa determinare « in specie » a quali depositanti appartenga.

18. — Gode del privilegio anche il sovventore del denaro, col quale sia stato soddisfatto il creditore privilegiato.

D. 42.5.24,3 (Ulp. 63 ad ed.). — Eorum ratio prior est creditorum (1), quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Pervenisse autem quemadmodum accipimus, utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios an vero et si per debitoris personam [, hoc est si ante ei numerata sit et sic debitoris facta creditori privilegiario numerata est]? Quod [quidem] potest [benigne] dici [, si modo non post aliquod intervallum id factum sit] (2).

D. 42. 3. 2 (Ulp. 21 ad ed.). — [In personalibus actionibus] qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt (3).

Alterato, probabilmente per l'incorporazione di glossemi, è C. 8. 18. 2 pr.; e non si riferiva al privilegio di cui trattano i due passi ulpianei.

(1) La congettura del Beseler, *Beiträge*, V, p. 77 che il testo originario dicesse « ait praetor: quorum pecunia rell. » può essere dubbia, perchè ispirata dal sospetto assoluto contro « ratio ». Ma certamente *pervenire* era una locuzione dell'editto pretorio. Lo dimostra Ulpiano col suo commento « pervenisse rell. ». Cfr. anche Lenel, *Edictum*[3], p. 430.

(2) Sulle frasi uncinate ved. la mia *Revoca degli atti fraudolenti*, 1934, p. 147, n. 4.

(3) « In actionibus » è giustamente sospettato dall'Albertario, *Riv. ital.*

C. 8. 18. 2 pr. (Antonin.). — Cum pro patre, in cuius potestate non eras, pecuniam fisco intuleris, [et iure privilegio eius successisti et] eius locum cui pecuniam numerasti consecutus es, nec hi creditores patris tui, qui [personalem habuerunt actionem vel] cum eo postea sub pignoribus contraxerunt, pignora tua te ignorante distrahendo iuri tuo aliquid derogaverunt.

Se fosse genuina la proposizione « privilegio eius successisti », dovremmo riguardare il privilegio come trasferito dal fisco a chi ha pagato il debito altrui e il prestito del denaro da impiegarsi nella soddisfazione del creditore privilegiato non costituirebbe più una causa per sè stante di privilegio. Ma l'autonomia di questo privilegio è innegabilmente provata da D. 42. 5. 24. 3, che lo fa derivare dall'editto del pretore e non dall'accordo delle parti. Inoltre la dizione del Codice è pleonastica: se l'imperatore avesse scritto « et iure privilegio eius successisti », non avrebbe sentito il bisogno di aggiungere « et eius locum rell. ». Da ultimo è grave la circostanza che il figlio non invocava il privilegio del fisco a cui aveva pagato il debito del padre, ma intendeva profittare del suo diritto di pegno (*pignora tua*), che evidentemente aveva tenuto il secondo grado rispetto a quello del fisco ma che, soddisfatte le ragioni del primo creditore, era subentrato nel suo posto (1).

19. — Privilegiato è il credito per la costruzione o l'armamento della nave.

D. 42. 5. 26 (Paul. 16 brevis edicti). — Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit [vel etiam emendam], privilegium habet.

(1) Il fisco poteva cedere il suo diritto di pegno a chi avesse pagato il debito altrui: cfr. C. 7. 73. 3 (Antonin.) e 7 (Valerian. et Gallien.); 8. 40. 11. 1 (Antonin.). Ma C. 8. 18. 2 pr. non fa motto di questa cessione; anzi le parole « eius locum cui pecuniam numerasti consecutus es » descrivono un [illegible] nell'esercizio del *ius offerendi*.

D. 42. 5. 34 (Marcian. 5 regul.). — Quod quis navis fabricandae [vel emendae] vel armandae vel instruendae causa [vel quoquo modo] crediderit [vel ob navem venditam petat], habet privilegium post fiscum.

Le interpolazioni segnate furono scoperte e ben dimostrate dal PRINGSHEIM (1). Io vorrei spargere il sale del dubbio su « post fiscum » del fr. 34. Il fisco è un'istituzione, i cui diritti non si possono dimenticare se anche non vengano espressamente menzionati; perciò Paolo in D. 42. 5. 26 non ha sentito il bisogno di rammentare che il privilegio del fisco è poziore ed il silenzio del fr. 26 parmi che non sia favorevole all'autenticità di « post fiscum » nel fr. 34.

20. — Circa la fonte dei singoli privilegi le informazioni, che possediamo, sono state ben rilevate dal LENEL (2).

Ai furiosi — e così anche ai pupilli (3) — il privilegio era concesso dall'editto pretorio: « In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur. Prodigus et omnes omnino (4), etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur » (D. 27. 10. 15.

(1) *Kauf.* p. 149 sgg. Anche « vel armandae » è soggetto a riserva; malgrado D. 14. 1. 1, 8 (Ulp. 28 ad ed.) « ad armandam instruendamve navem », non vedo bene la differenza fra *armare* e *instruere*. Se Marciano voleva aggiungere un'altra ipotesi alle due ricordate da Paolo, che sono *exstruere* (o *fabricare*) e *instruere* (o *armare*), avrebbe potuto menzionare il *reficere*: cfr. D. 20. 4. 5 pr. (Ulp. 3 disputat.). 14. 1. 1. 9; 14. 1. 7 pr. (African. 8 quaest.).

(2) *Edictum*[3], p. 429 sgg.

(3) Il PETERS, *Zeitschr. Sav. St.*, 32, p. 193, n. 1 ha supposto che agli incapaci il privilegio fosse promesso con la parola *servabo*, perchè *servare* s'incontra nei testi relativi a questo caso e non agli altri casi. Ha pure creduto che la clausola relativa al pupillo non dichiarasse contro chi sarebbe stato dato il privilegio, perchè D. 42. 5. 23 lo riconosce anche contro il *negotiorum gestor*. La prima congettura è molto verosimile. La seconda è da respingere, non solo perchè la purità di D. 42. 5. 23 è incerta (ved. p. 173), ma perchè non mi sembra ammissibile una disposizione che accordi il privilegio senza determinare i debitori sui beni dei quali si possa esercitare.

(4) Ved. sopra p. 172, n. 1.

1). Al prodigo e agli altri incapaci che sono soggetti a cura il privilegio era riconosciuto dalla prassi pretoria.

Poichè il privilegio per le spese dei funerali e quello per il credito della restituzione dotale nei commentarii *ad edictum* sono trattati prima del privilegio spettante ai pupilli, anch'essi dovrebbero avere un'origine edittale (1).

Giacchè Plinio (2) riferisce che a talune città della Bitinia e del Ponto dai proconsoli era stata concessa la *protopraxia* e con questa parola egli sembra chiaramente indicare il *privilegium exigendi* (3), si può discutere se il privilegio delle città fosse menzionato dagli editti provinciali; ma è probabile che l'editto urbano non se ne occupasse. Ciò spiegherebbe che i Digesti non rechino dai commentarii a quest'editto nessun estratto, in cui si ricordi il privilegio dei municipii.

Il privilegio per i creditori « quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit » è certamente edittale; Ulpiano in D. 42. 5. 24. 3 commentava le parole dell'editto.

Invece per il privilegio del creditore « qui ob restitutionem aedificiorum crediderit » la fonte è stata una costituzione o un senatoconsulto sotto M. Aurelio (4).

Alla prassi del pretore faremo risalire il privilegio dei depositanti, se badiamo al *placuit* di D. 42. 5. 24. 2. Che non formasse argomento d'una clausola edittale, è dimostrato dalla cura delle giustificazioni: D. 42. 5. 24. 2 « potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam *fidem publicam secuti* deposuerunt »; 16. 3. 8 « *idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate pu-*

(1) S'accorda col LENEL anche il KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 1415. Che per la dote il privilegio sia stato ordinato da Augusto, è un'erronea credenza di coloro i quali riferiscono al *priv. exigendi* la notizia contenuta nell'editto di Tiberio Giulio Alessandro: ved. sopra p. 145 sgg.

(2) *Epistul.* X, 108-109.

(3) Ved. sopra p. 149.

(4) Ved. sopra p. 180.

blica receptum est ». I giuristi avevano sostenuto il privilegio dei depositanti per la protezione della fiducia che il pubblico doveva riporre nella banca ed il consiglio era stato accettato dai pretori.

Non si hanno notizie positive sull'origine del privilegio goduto dal creditore « qui in navem exstruendam vel instruendam credidit ».

E all'oscuro siamo anche per il privilegio del fisco, quantunque con molta verosimiglianza si possa ritenere che abbia il suo primo fondamento in costituzioni imperiali (1). Di questo privilegio è altresì controversa la data di nascita (2).

Il WINDSCHEID (3) nella sua lista dei privilegi annovera quello concesso al credito per la rifusione proporzionale delle spese di riparazione fatte in un edificio comune. E realmente, se prendiamo sul serio D. 17. 2. 52. 10, il privilegio in questione non potrebbe fondersi con quello del mutuo fatto a scopo di ricostruzione d'un edificio: i due casi sono differenti. Ma nel diritto giustinianeo, più ancora che nel diritto classico, il condomino non rimborsato nel termine di 4 mesi acquisterà la quota del condomino insolvente e cesserà di esserne il creditore molto prima che si operi la distribuzione del prezzo ritratto dai beni del debitore. Sicchè io nego per lo stesso diritto giustinianeo l'esistenza in pratica del privilegio competente al credito delle spese di riparazione fatte in un edificio comune. Ma, se altri volesse ammetterlo, non farò a Triboniano il torto di attribuirgliene la paternità. Già sopra (4) l'ho affibbiata alla scemenza di un glossatore (5).

21. — In alcuni privilegi il diritto giustinianeo sembra ammettere una graduazione.

(1) Cfr. KARLOWA, op. cit., p. 1416.
(2) Ved. sopra p. 10, n. 4.
(3) *Pandekten*, III, § 271 al num. 7. Cfr. anche BRINZ, *Pandekten*², II, p. 418.
(4) Ved. p. 132, n. 1.
(5) Non intendo H. KRÜGER, *Zeitschr. Sav. St.*, 37, p. 310: « è credibile che alcuni privilegi si fondino sopra leggi ».

Così è opinione comune che il privilegio del fisco vada innanzi agli altri. Per il nuovo diritto questo risultato è inutile, giacchè il fisco ha una sicurtà molto più forte nel pegno legale privilegiato su tutto il patrimonio del debitore. Ma è appunto questa la ragione che impedisce di reputare giustinianea la preminenza qua e là attribuita al privilegio del fisco e ci obbliga a considerarla come una reliquia del diritto classico.

L'opinione comune è giusta, benchè i passi invocati non siano ugualmente solidi.

In Paul. V. 12. 10 « privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere », come già fu detto (1), potrebbe *omnes* riferirsi ai soli creditori chirografarii; e anzitutto è da porre la questione se le *Sententiae* riproducano fedelmente la dottrina classica (2). Quando ci saremo convinti che il privilegio del fisco batteva gli altri privilegi, potremo fare pieno fondamento anche sull'*omnes* di Paul. V. 12. 10.

Più esplicito per la poziorità del fisco è D. 42. 5. 34 « quod quis navis fabricandae... crediderit..., habet privilegium post fiscum »; ma il « post fiscum » pare quasi tendenzioso e avvolto dall'ombra del sospetto (3).

Molto eloquente sarebbe C. 7. 73. 2, se il rescritto di Caracalla dovesse riferirsi al *privilegium exigendi*: il credito privilegiato per la restituzione della dote cedeva al credito del fisco. Io prescindo dalla restituzione che sopra (4) ho ardito congetturare ed osservo che delle tre ipotesi a cui il rescritto potrebbe applicarsi — pegno legale privilegiato (5), protoprassia, *privilegium exigendi* o *ius pignoris capiendi* — la meno improbabile è l'ultima, perchè l'esistenza in diritto classico del

(1) Ved. p. 134.
(2) Come il giureconsulto avesse scritto « inter omnes *chirographarios* creditores », mancherebbe il modo di accertare la soppressione della parola stampata in corsivo.
(3) Ved. sopra p. 184.
(4) Ved. p. 140, n. 3.
(5) Naturalmente nella compilazione giustinianea la regola di C. 7. 73. 2 si applica all'ipoteca legale accordata per la dote da Giustiniano. Cfr. gli scolii di Teodoro e Taleleo a Bas. 29. 1. 96.

privilegio di esazione o del diritto di pignoramento è certa e quella degli altri due istituti più che dubbia.

L'argomento decisivo in favore della prevalenza del fisco è l'impossibilità di concepire un *privilegium exigendi*, che metta il fisco alla pari degli altri creditori privilegiati, in un sistema in cui, ricorrendo all'esecuzione « extra ordinem », il fisco otteneva la priorità assoluta. Insieme col *ius pignoris capiendi* non può vivere un *privilegium exigendi* che non abbia assicurato il primo posto (1).

---

(1) Pare anzi che il *privilegium exigendi* del fisco vincesse il pegno su cose future, se il debitore le acquistava dopo aver contratto il debito fiscale. Ciò risulterebbe da D. 49. 14, 28 (Ulp. 3 disputat.); ma qui, fra gli impacci di gravi difficoltà (ved. per tutti DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 437 sgg.), taluni credono che al fisco sia attribuito un diritto di pegno privilegiato. Cfr. PAPPULIAS, *Zeitschr. Sav. St.*, 29, p. 370 sgg., che respinge questa interpretazione, e BOLLA, *Die Entwicklung des Fiskus*, p. 81 sgg., che finisce col preferire l'opinione anche da me accolta, Non vedo nessuna contradizione con D. 20. 4. 21. 1 (Scaev. 27 dig.), che non estende il privilegio del fisco alle cose comperate dal *debitor fisci* col denaro del mutuante e date in pegno a costui. Le nuove cose entrano nel patrimonio del debitore vincolate al pegno e senza il mutuo garantito dal pegno non vi sarebbero entrate: cfr. SCHIRMER, *Zeitschr. Sav. St.*, 11, p. 92 sgg. Il WIEACKER, *Festschrift Koschaker*, I, p. 246 sgg, suppone gratuitamente che la *conductio horreorum Caesaris* sia posteriore al pegno concesso dal mutuatario. La contradizione esiste con D. 20, 4. 21 pr., in cui alla domanda « an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius (il mutuatario dal fisco) tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit » si risponde « nihil proponi, cur non sit praeferenda ». In D. 20. 4. 8 (Ulp. 7 disputat.) mi turba *specialiter*.

> Si pignus specialiter res publica acceperit, dicendum est praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferuntur.

La critica a « dicendum rell. » del GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praestanda evictione*, p. 38, n. 2 [= *Annali di Palermo*, 8, p. 420, n. 2] è esauriente. Ma, quale che sia stata la decisione autentica, il diritto della « res publica » avrebbe dovuto essere il medesimo tanto col pegno speciale quanto col pegno generale, almeno sulle cose entrate nel patrimonio del debitore prima che egli si obbligasse verso il fisco.

Valgano queste poche osservazioni a ribadire il convincimento (ved. sopra p. 144) che la storia dei privilegi fiscali ha bisogno di un'attenta revisione critica.

Che la città avesse un privilegio poziore non è sostenibile; con le parole « omnibus chirographariis creditoribus praefertur » D. 42. 5. 38. 1 attribuisce alla città il privilegio sui creditori chirografarii, ma non la promuove a un grado più alto fra i creditori privilegiati.

Stando alla lettera di Paul. I. 21. 15 « inter aes alienum primo loco deducitur » e di D. 11. 7. 45 « omne creditum solet praecedere » (1), il credito per le spese dei funerali primeggerebbe su tutti e non sapresti nemmeno dire se batta anche il fisco o gli sia inferiore. Questo silenzio circa il rapporto dei due privilegi è un'altra spinta a intendere restrittivamente i due testi, quanto al loro significato classico, ovvero a sospettare che siano stati rimaneggiati.

Da D. 42. 5. 34 è arbitrario dedurre che il credito per la costruzione o l'armamento della nave fosse anteposto agli altri privilegiati. Il frammento si limita a dichiarare che l'autore del prestito « habet privilegium post fiscum », ma non gli accorda una preferenza rimpetto ai creditori privilegiati per altro titolo.

Sul privilegio del credito dotale la pietra dello scandalo (non sembri la parola eccessiva) sta in C. 5. 12. 9 (Decius).

> Dotis tuae potiorem causam magis esse convenit, quam rei publicae, cui postea idem maritus obnoxius factus est.

Che fra i crediti privilegiati il credito della dote sia preferito solamente ai crediti posteriori, urta contro la regola di D. 42. 5. 32 (Paul. l. singul. regul.) « privilegia non ex tempore aestimantur ». Per questo motivo alcuni interpreti (2) vogliono mettere da parte il *postea* come un dato

---

(1) Ved. sopra p. 165.

(2) Cfr. VANGEROW, *Pandekten*, III, p. 224 sgg.; LABAND, *Privilegii dotalis hypothecarii origo, historia atque indoles*. Vratislaviae, 1858, p. 28. Nega l'irrilevanza di *postea* il DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 444, n. 4, Ma qualche editore, per es. ALOANDRO, sopprime addirittura l'incomodo avverbio.

irrilevante e casuale della fattispecie esaminata dal rescritto ed assegnano al privilegio dotale un posto dopo le spese funebri e i crediti fiscali, invocando C. 8. 17. 12. 1 (Iustinian.).

> Nos itaque ad antiquas leges perspeximus in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeat privilegia et creditores alios antecedat, licet fuerant anteriores.

A me sembra arrischiato intendere « omnes paene personales actiones » come significasse «quasi tutte le azioni dei crediti privilegiati ». Più ovvio e più probabile è riferire quelle parole a « quasi tutte le azioni dei crediti ». E l'imperatore poteva giustamente scrivere « paene omnes », perchè i crediti chirografarii costituiscono la grande massa e i privilegiati un gruppo sparuto, in cui è compreso il credito per la restituzione della dote.

Dunque Giustiniano non collocava il credito dotale in un grado più elevato degli altri privilegi. Invece l'analisi di C. 5. 12. 9 rileva parecchi elementi utili per la critica e la ricostruzione.

a) *Potiorem* può indicare la superiorità di un privilegio sull'altro. Ma esprime ugualmente bene la graduazione dei pegni.

b) L'anteriorità è il criterio col quale si risolve il conflitto tra due pegni della medesima cosa. *Postea*, falso per i privilegi, è esattissimo per i pegni.

c) Con « maritus » *idem* è un pleonasmo ameno. Se debitore del municipio fosse un « altro marito » o un « non marito », la questione della poziorità non sorgerebbe nei rispetti del marito obbligato alla restituzione della dote.

d) Per regalarci la sciocchezza di « *idem* maritus », l'imperatore avrebbe rinunciato a scrivere « maritus *tuus* », dove *tuus* è limpido e preciso.

e) il passivo *factus est* è ingiustificabile. Il marito si obbliga col suo contratto o col suo delitto, non è assoggettato da altri ad un obbligo verso il municipio. Il passivo conviene alle cose date in pegno dal proprietario (C. 8. 16. 6 di Diocletian. « ... cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his quae quis de bonis suis facit obnoxia ») o gravate da pegno legale (C. 8. 14. 6 di Theodos. et Valentinian. « mariti quoque eius praeteritae tutelae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia »).

Questi rilievi portano a restituire *idem fundus*. Vedo il sorriso degli anticritici e li sento esclamare: quale magia è la vostra, che tenta la metamorfosi di un marito in un fondo? A mio parere, le osservazioni suesposte forniscono una solida base alla restituzione di *fundus* (o *praedium*) e Triboniano poteva compiere qualunque interpolazione per valorizzare (1) la c. 9 e stabilire con essa la superiorità del privilegio dotale. *Postea* è rimasto per un errore dell'amanuense. Già i Bas. 29. 1. 96 e i relativi scolii di Teodoro e Taleleo non ne facevano nessun conto (2).

22. — Per quanto sopra dicemmo, la graduazione dei privilegi, se (tolto di mezzo il fisco) con molta probabilità può escludersi dal diritto classico, è innegabile nel diritto giustinianeo. D. 42. 5. 34 prova la poziorità del fisco, che non

(1) Il dubbio risoluto da Decio fa sospettare che qualche municipio, abusando della sua forza politica e sociale, volesse dal privilegio sui crediti chirografarii giungere al pegno privilegiato. Ma, a parte questa indicazione storica, la c. 9, se fosse stata accolta senza modificazioni, avrebbe insegnato la verità alquanto banale che il pegno anteriore prevale sul posteriore; ed i compilatori poterono opportunamente credere che per tanto poco non valesse la pena di conservare nel Codice giustinianeo il rescritto di Decio.

(2) C. 7. 73. 2 (Antonin.) è mal citato — anche dal Laurìa, *Atti della R. Accad. di Sc. Mor. e Polit. di Napoli*, 58, p. 288, n. 176 — per dimostrare la prevalenza del privilegio dotale su quello del fisco. Nella specie la donna era munita di pegno: « si prius, quam res eius tibi obligarentur... ».

v'è ragione di limitare al caso di cui parla quel frammento. La poziorità del credito per le spese funerarie si evince da D. 11. 7. 45; quella del credito per la restituzione della dote da C. 5. 12. 9. Sopra tutto la graduazione dei privilegi è il presupposto indispensabile di D. 42. 5. 32 (Paul. l. singul. regul.).

> Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.

Il BESELER (1) ha condannato la frase « et si rell. » per l'uso della parola *diversitates*. Noi possiamo ribadire la condanna per un motivo sostanziale e più forte, avendo constatato che i classici non graduavano i privilegi secondo le loro cause o titoli. Ecco un tentativo di restituzione:

> Privilegia, *fisci causa excepta*, non ex tempore aestimantur, sed *aequis partibus* concurrunt.

Valeva per tutti i privilegi (eccettuato quello del fisco) ciò che insegna Ulpiano, col Fragm. argentoratense 7 del l. 3 disputationum, per l'ipotesi del marito condannato nell'*actio rei uxoriae* verso due mogli: il credito di costoro è privilegiato ed esse « in bonorum venditione aequas partes ferant » (2).

(1) *Zeitschr. Sav. St.*, 45, p. 477. Altri motivi formali sarebbero *tituli* (per *causae*); i perfetti *fuerunt* e *fuerint* (che non sono giustificati in luogo di *sunt* e *sint*).

(2) Ai retori dovette riuscire spassosa l'idea di un conflitto tra suocera e nuora per il privilegio delle loro doti. Ma in QUINTILIANI, *declamat.* 360 quella che il LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, p. 228 chiama la « difesa » della nuora, è una filza di cavilli sballati. Indarno si dice che « duae mortes maritorum diversas successiones habent »: la suocera non è obbligata a chiedere la *separatio* dei beni appartenuti al marito defunto e sui beni del figlio erede, vivo o morto, concorre insieme coi creditori di costui. Un altro errore è « tu amisso viro cum dotem non petisti, fecisti creditum ex dote »: per il solo fatto che abbia lasciato la dote presso il figlio, la madre non perde il privilegio, ed ugualmente infondata è l'affermazione « a filio petere debuisti ». Nel concorso sui beni del figlio erede del padre o sui beni dell'erede succeduto al figlio suocera e nuora « aequas partes ferunt ». Tale è il principio che regolava i rapporti tra creditori privilegiati e che leggiamo nelle *disputationes*, perchè sono opera di un giurista, anche se non sia stato Ulpiano (come sospetta il BESELER); lo scritto del retore ci ammanisce soltanto corbellerie. Io m'accordo in pieno col KASER, *Zeitschr. Sav. St.*, 59, p. 95 sgg. che le forme di pensare e la lingua dei retori differiscono profondamente da quelle dei giuristi.

23. — Come dichiara Modestino in D. 50. 17. 196 (1), i *privilegia* « quaedam causae sunt, quaedam personae ». Si annoverano nel gruppo dei privilegi personali quello del fisco, del municipio, della moglie per la restituzione dotale (2), delle persone incapaci contro il loro tutore o curatore (3).

La distinzione si riflette sulla trasmissibilità ereditaria. I privilegi personali non passano agli eredi.

Invece dovrebbero anche i privilegi personali trasferirsi al cessionario del credito, il quale formalmente ha la veste di un procuratore ed esercita i diritti del creditore originario. Il passaggio del privilegio sarebbe nell'interesse del creditore cedente, che altrimenti non potrebbe conseguire dal cessionario il pieno valore del suo credito (4). E non riesco a intendere perchè Papiniano avrebbe in ordine all'*actio tutelae* difeso il principio opposto (5).

> D. 26. 7. 42 (Papinian. 1 definit.). — Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit.

(1) Riportato a p. 173.

(2) Cfr. C. 7. 74, 1 riportato a p. 170.

(3) Cfr. D. 42. 5. 19. 1 riportato a p. 170.

(4) Ripeto considerazioni già esposte dal DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 450 sgg., che per altro non riesce a liberarsi dall'ostacolo del frammento papinianeo, distinguendo la cessione volontaria dall'obbligatoria, con la quale il privilegio si estinguerebbe.

(5) Lo SCHMID, *Cession*, II, p. 132 sgg. vorrebbe spiegare la mancanza del privilegio, perchè il *procurator in rem suam* conviene il debitore ceduto in nome del cedente ma esercita l'*a. iudicati* in nome proprio. Osserviamo che D. 26. 7. 42 non menziona l'*a. iudicati* e non v'è alcuna ragione di supporre che il contutore cessionario abbia ottenuto la condanna dell'altro tutore, sicchè partecipi al concorso munito dell'*a. iudicati* anzichè dell'azione cedutagli.

In rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

Le critiche e le ricostruzioni per « ex pluribus... condemnavit » non interessano la nostra indagine (1). È pacifico che Papiniano supponeva ceduta ad un tutore l'*actio tutelae* contro i contutori. Questa non sarà accompagnata dal privilegio. Per qual motivo? La notazione che « nec heredi pupilli datur » non approda a nulla, perchè dall'erede non si può concludere al cessionario (2). E nemmeno è decisivo l'argomento « non enim causae rell. ». La proposizione « quae meruit praecipuum favorem » con l'ALBERTARIO e col BESELER escludiamo che sia papinianea. Mi sembra lecito il dubbio che il rimaneggiamento si estenda alla decisione « privilegium pupilli non habebit ».

24. — Insieme col privilegio di esazione propriamente detto, esistevano altri motivi di preferenza tra creditori. La *lex bonorum vendendorum* e l'offerta del *bonorum emptor* dovevano tenerne conto.

Per es. i legatarii erano posposti ai creditori del defunto.

C. 7. 72. 1 (Antonin.). — In bonis mortui potiorem esse causam legatariorum, qui eum utpote heredem convenire potuerunt, quam eorum, quibus ipse legavit, manifestum est, cum prius legatum quasi aes alienum exigitur, legatum autem a mortuo relictum post debiti detractionem inducitur.

Chi, ottenuta la separazione (*in bonis mortui*), fa valere il legato posto a carico dell'erede defunto è trattato come un

(1) Cfr. *Index interpolat.*

(2) D'altra opinione è l'ALBERTARIO, *Bull. Istituto Dir. Rom.*, 33, p. 51, secondo cui « bastava avvertire che il privilegio *nec heredi pupilli datur* per comprendere che non spettava *a fortiori* al procurator in rem suam ».

creditore e distinto dai legatarii che l'erede alla sua volta abbia onorato nel proprio testamento. Il rapporto fra creditori e legatarii della persona che subisce la *bon. venditio* è esattamente definito da Giuliano (46 digest.):

... cum creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur (D. 42. 6. 6 pr.).

25. — Il processo *extra ordinem*, nel quale si chiedeva l'adempimento del fedecommesso (1) e la condanna avveniva *in ipsam rem*, determinava per il fedecommissario uno stato analogo a quello del titolare di un'*actio in rem* o di un credito privilegiato. Ci spieghiamo così che D. 36. 4. 11. 1 (Hermogenian. 4 iur. epitom.) riservi al fedecommissario l'oggetto del fedecommesso, escludendone il *proprius creditor heredis*.

Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictae adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori accepisset.

Il BESELER (2) opina che il testo originario trattasse del legato e restituisce « rei *per vindicationem* mihi relictae *possessionem* (3) adeptus fuerit ». Ma la congettura muove dalla falsa supposizione che il testo, come ora l'abbiamo, riconosca l'efficacia reale dei fedecommessi. Ciò non è. Sui beni del defunto il fedecommissario è preferito ai creditori personali dell'erede; e al rilascio della cosa, anzichè ad una somma di denaro, il fedecommissario ha diritto in conseguenza del sistema processuale. Queste due circostanze danno esauriente ragione delle affermazioni contenute nel passo.

(1) Cfr. Gai. II, 278; Ulp. XXV, 12; D. 50. 16. 178. 2 (Ulp. 49 ad Sab.).

(2) *Zeitschr. Sav. St.*, 50, p. 71.

(3) Questa parola sembra anche a me che sia caduta dal testo giustinianeo.

Perchè la LEPRI (1) dica « terribile » la forma « nihil... accepisset », non so davvero. Temo che abbia paventato le ombre. E certo sbaglia nel voler sopprimere « non magis... accepisset », perchè sarebbe « portata una restrizione al concetto in precedenza espresso ». Il paragone col pegno non restringe nulla nè equipara la *missio* al pegno; ma sì al pegno concesso dall'erede come alla *missio* autorizzata dal magistrato nega giustamente la forza di ledere i diritti del fedecommissario.

Gratuito è l'avviso di quegli interpreti, coi quali si schiera la Lepri, che il frammento riferiscono all'enigmatica (2) *missio in rem* di Paul. IV. 1. 15. Ermogeniano non vi accenna punto ed il fedecommissario, senza il tramite di nessuna *missio* speciale, poteva chiedere la consegna della cosa o al creditore immesso nei beni o al *bonorum emptor*.

Tale risultato, per il fedecommesso del « praedium, quod nomine familiae relinquitur », è posto in chiara luce dalla combinazione di D. 31. 69. 1 e 30. 114. 14.

> D. 31. 69. 1 (Papinian. 19 quaest.). — Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus quod exter heres praestare cogeretur.

Il BESELER (3) muove al testo le censure seguenti: 1) «quod nomine familiae relinquitur » non è intelligibile; 2) « debitor » in luogo di « heres »; 3) « exter » in luogo di « extraneus » (4); 4) una pretesa del fedecommisario contro il *bo-*

(1) *Missiones in possessionem*, p. 6.
(2) Cfr. BESELER, *Zeitschr Sav. St.*, 50, p. 66.
(3) *Zeitschr. Sav. St.*, 50, p. 69.
(4) Questa osservazione val poco o nulla. *Exter heres* torna spesso negli scritti di Papiniano, dove è più raro *extraneus heres*. Cfr. *Vocabularium iurispr. rom.*, alle voci *exter*, *extraneus*.

norum emptor alla prestazione del fondo intero, anzichè di una quota del valore, è inconcepibile. Per una critica contenutistica soccorrono le osservazioni 3) e 4).

Se il testo contemplasse l'ipotesi della *bonorum venditio* eseguita contro l'erede immediato del testatore che ha disposto il fedecommesso ed eseguita prima che siano stati soddisfatti integralmente i creditori ereditarii, io consentirei in molta parte col Beseler. Nel caso che A imponga il fedecommesso all'erede B da lui istituito e l'erede sia insolvente, le sorti del fedecommissario sono due. O i beni ereditarii si vendono insieme coi beni originarii dell'erede e vi concorrono indistintamente tutti i creditori, compresi i legatarii e i fedecommissarii; o è impetrata la separazione e sui beni dell'eredità saranno soddisfatti in primo grado i creditori del defunto, subordinatamente i legatarii e i fedecommissarii (1). Solo nell'ipotesi che per il patrimonio del defunto il compratore abbia promesso l'intera soddisfazione dei due gradi di creditori, il titolare del fedecommesso potrà esigere dal *bon. emptor* il rilascio del fondo. Ma, se avesse voluto riferirsi a questo caso, Papiniano si sarebbe espresso più chiaramente e avrebbe avuto un accenno, sia pure laconico, alla *separatio bonorum*. Invece le parole « heredis bona veneant » prevedono sui beni dell'erede, coi quali si sono giuridicamente confusi i beni ereditarii, un concorso unico e non duplice, come si avrebbe nella *separatio*.

Con D. 31. 69. 1 sembra in opposizione D. 30. 114. 14. Marciano (8 instit.) si occupa dei testatori « qui testamento vetant quid alienari » e dichiara:

> ... si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam si heredis

(1) Cfr. D. 42. 6. 6 pr., su cui vol. I. p. 226.

propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicomissarii quoque sequuntur (1).

Ponendo che i beni dell'erede siano venduti « propter testatoris creditores », Marciano non richiede che i creditori ereditarii siano i soli partecipanti al concorso. Malgrado la presenza di creditori originarii dell'erede, è sempre vero che i suoi beni si vendono anche « propter testatoris creditores ». Il caso opposto a quello contemplato da Marciano si avrà quando i creditori ereditarii siano stati tutti soddisfatti. E poichè nell'ipotesi che costoro piglino parte al concorso sui beni dell'erede, la sorte comune, a cui non sfuggono i fedecommissarii, è quella di ottenere, se sarà possibile, una percentuale; evidentemente, nell'ipotesi contraria, si avrà il risultato contrario, e cioè il fedecommesso sarà efficace per l'intero. A tale ipotesi dovette mirare Papiniano (2), quando scriveva che il fondo oggetto del fedecommesso di famiglia trapassa nel *bon. emptor* con l'onere di rimetterlo al fedecommissario dopo la morte del debitore.

In altre parole, soddisfatti che siano i creditori del costituente, il fedecommissario acquista un diritto di preferenza nel concorso sul patrimonio dell'attuale e dei futuri debitori. La *bon. venditio* potrebbe colpire l'erede istituito nel testamento, col quale è stato creato il fedecommesso famigliare, ovvero l'erede dell'erede.

In ogni caso sul *praedium* spetta al fedecommissario un diritto poziore. E appunto perchè il dissesto può verificarsi

(1) Della forte critica del Beseler, *Zeitschr.* cit., p. 67 unicamente ciò che dice su « fortunam communem sequuntur » colpisce lo squarcio per noi interessante « nam si... ». Ma l'appartenenza al testo marcianeo della proposizione « si... bona venierunt » mi sembra quasi garantita dal *venierunt* (non il post-classico e giustinianeo *distrahere*) e per ciò stimo sostanzialmente classica la norma enunciata con « nam... sequuntur ».

(2) Come anche Ermogeniano in D. 36, 4, 11. 1, che prevede la collisione tra i diritti del fedecommissario e del *proprius creditor heredis*. I creditori del testatore o non erano mai esistiti o erano già stati soddisfatti.

nella persona di un futuro debitore, io penso che Papiniano usasse la locuzione « quod nomine familiae relinquitur ». Si tratta di un lascito che, destinato alla famiglia del testatore, trapassa dall'attuale proprietario al suo erede con l'obbligo per costui, se sia un estraneo, di restituirlo ad un parente del testatore originario. Può trapassare anche nel *bon. emptor*, il quale ne godrà per tutto il tempo in cui il debitore ne avrebbe goduto, se non avesse patito la *bon. venditio*.

Questa interpretazione concilia perfettamente D. 31. 69. 1 con D. 30. 114. 14 e ci autorizza a respingere nella sostanza le critiche e il tentativo di ricostruzione del Beseler. Nè pertanto noi veniamo a riconoscere effetti reali al fedecommesso (1). Ciò è escluso dalla proposizione « si non voluntaria facta sit alienatio », con la quale Papiniano rifiuta al fedecommissario ogni diritto sul fondo che sia stato alienato volontariamente dal debitore (2). Il giureconsulto classico attribuisce al fedecommissario solamente una preferenza (3) concorsuale, se l'oggetto del fedecommesso esista ancora nel patrimonio venduto al *bon. emptor;* e per giungere a questo risultato non offende in nessuna maniera i principii classici (4). Difatti la *lex bonorum vendendorum* poteva benissi-

(1) Contro questa opinione è rivolta l'indagine del Beseler, *Zeitschr.* cit., p. 66 sgg.

(2) Debbo riconoscere che questa interpretazione della frase « si non voluntaria facta sit alienatio » non è sicurissima. Potrebbe intendersi nel senso che l'alienazione volontaria dia luogo immediatamente alla richiesta del fondo da parte del fedecommissario. E tale sembra il significato del fr. 69 § 3 « ...si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt ». Ma è un passo molto sospetto (ved. *Index interpolat.*) e si può dubitare che Papiniano dicesse unicamente « sed extero herede instituto decesserit rell. ». Tuttavia forse altri preferiranno supporre che un incastro analogo sia avvenuto nel § 1 e che appunto la proposizione « si non voluntaria facta sit alienatio » accenni all'effetto reale del fedecommesso.

(3) Si potrebbe magari parlare di privilegio (ved. *Studia et docum. hist. et iur.*, 5, p. 228 sgg.), avvertendo bene che non ricorre la figura del vero *privilegium exigendi*.

(4) Fantastiche sono le affermazioni: che Papiniano applica in pieno nei confronti della *fictio* « si heres esset » della formula serviana la massima per

mo dichiarare che il *praedium* era gravato dal fedecommesso; ed il *bon. emptor*, accettando l'aggiudicazione sulla base di questa *lex*, si sarebbe accollato l'obbligo di restituire il fondo al fedecommissario. Quelli che scapitano in tale regolamento sono i creditori personali dell'erede, ma essi non hanno diritto di contare sui beni destinati al fedecommissario.

Riassumo. Non esistendo o essendo stati soddisfatti i creditori ereditarii, se la *bonorum venditio* colpiva l'erede gravato dal fedecommesso o l'erede di costui, il fedecommissario aveva diritto di esigere dal *bon. emptor* l'oggetto del fedecommesso. Il compratore dei beni, perseguito *extra ordinem* (e non con l'*actio rutiliana* o *serviana*), era condannato a restituire il fondo che ancora si trovasse nel patrimonio del debitore; sicchè questo fondo non era valutato nell'offerta della percentuale, allo stesso modo che non era calcolata la quota dei beni necessaria al pagamento dei crediti privilegiati.

26. — Di preferenze tra creditori è cenno in D. 42. 6. 1. 9 (Ulp. 64 ad ed.).

> Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. Simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari: quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.

cui « nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet » e che qualifica « heres extraneus » l'acquirente del patrimonio, mentre vive ancora il debitore. Il giureconsulto non dice e non fa nulla di ciò che immagina il

Il testo non è genuino (1) ed il BONFANTE (2) scrive che la separazione, di cui è discorso, non concerne il tema della successione. Infatti nell'ipotesi che « filii familias bona veneant » non solo manca ogni riferimento all'eredità, ma pare che non ci sia nemmeno la separazione dei beni, perchè al tempo di Ulpiano il *filius familias* non aveva altro patrimonio fuori del peculio castrense. Eppure un caso di separazione bisogna ricostruirlo. Altrimenti non si capirebbe come il giureconsulto potesse ricordare il peculio castrense, mentre commentava l'editto della *separatio bonorum*. E che effettivamente Ulpiano ragionasse circa il diritto dei creditori castrensi è provato da D. 14. 6. 2, il quale, annodandosi a D. 14. 6. 1. 3 « .. senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit », dichiara:

> usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur.

D. 14. 6. 2 è, come D. 42. 6. 1. 9, estratto dal l. 64 ad edictum, dove i due frammenti ulpianei erano uniti in un solo contesto (3).

Nel concorso sui beni di un *pater familias* l'esistenza di creditori « de peculio » rendeva necessario un provvedimento particolare. Il dividendo per i creditori peculiari doveva essere misurato sull'ammontare del peculio e non di tutto il

(1) Molti lo ritengono più o meno interpolato: ved. i citati dall'*Index interpolat*. Ma, poichè nessuno presume di poterlo eliminare completamente, bisogna spiegare come sia accaduto che, discorrendo della *separatio bonorum*, Ulpiano venisse a trattare del concorso nel peculio castrense. Finora la spiegazione non era stata trovata, nemmeno da me, che pure in *Bull, Istituto Dir. Rom.*, 11, p. 118 sgg. avevo sostenuto la necessità di riferire il fr. 1 § 9 al caso dell'acquisto del peculio castrense da parte del *pater familias* dopo la morte del figlio intestato.

(2) *Corso di dir. rom.*, VI, p. 363.

(3) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, Ulp. 1444.

patrimonio. Ad ottenere questo risultato non c'era altra via che quella di fissare due percentuali distinte, una assegnata ai creditori ordinarii del *pater familias* ed un'altra ai creditori peculiari. Qui, come è chiaro, non ha luogo la separazione, che scinde i beni in due masse per farne oggetto di due vendite. La statuizione di due dividendi equipara il caso del peculio a quello del concorso di creditori privilegiati e creditori chirografarii, dove pure il *bon. emptor* fa due offerte distinte.

Più complicata e delicata era la situazione nell'ipotesi del peculio castrense. Con la morte del figlio il peculio come tale cessava di esistere; il padre non acquistava i beni ivi contenuti « iure heredis », ma « iure peculii » (1). Le azioni dirette contro il figlio non trapassavano contro il padre, che non era erede. Il padre e, dopo la *bonorum venditio* da lui subita, il *bon. emptor* rispondevano solamente nell'*actio de peculio annalis*. Un anno fugge presto e grave sarebbe stato il pericolo dei creditori, se il pretore non li avesse trattati come creditori ereditarii ammettendoli a domandare la *separatio bonorum*.

Questa procurava ai creditori castrensi un ulteriore vantaggio. Nel concorso sui beni del padre tutti i creditori del figlio, castrensi e non castrensi, sarebbero parificati, perchè tutti figurerebbero come titolari dell'*a. de peculio annalis*. Nel concorso sui beni castrensi (2) ciascun creditore si affaccia con l'azione diretta contro il figlio e si può distinguere secondo la causa del credito o secondo la sua data.

(1) Mi contento di citare due passi: D. 49, 17, 2 (Ulp. 67 ad ed.) « si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur... »; D. 49, 17, 17 pr. (Papinian. 2 definit.) « pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius et annum utilem iure praetorio solvere cogitur... ».

(2) La proposizione « si filii familias bona veneant », dato che sia genuina, indurrebbe nell'opinione che i beni si vendessero nel nome del figlio defunto e non del loro proprietario, che ora è il padre. Ma nell'ordinaria separazione tutti i beni si vendevano sotto il nome del successore.

Il testo attuale nega, per verità, che i castrensi vengano differenziati dagli altri creditori. Ma io reputo col BONFANTE che questa soluzione negativa appartenga a Triboniano (o ai postclassici) e che il giureconsulto classico ammettesse il diritto di prelazione dei creditori castrensi sul peculio castrense (1). I commissarii giustinianei o un glossatore hanno sostituito alla distinzione classica fra creditori castrensi e comuni l'altra fra creditori anteriori e posteriori alla milizia (2).

Riepiloghiamo. Nel caso di morte senza testamento del figlio possessore del peculio castrense i creditori potevano contro il padre ottenere la vendita separata dei beni castrensi e però giustamente Ulpiano trattava di questo caso a proposito della *separatio bonorum*. Ma tanto per il peculio profettizio quanto per il peculio castrense il diritto classico conosceva una distinzione, che si traduce in una prelazione, fra due masse di creditori — del patrimonio paterno e del peculio, castrensi e non castrensi — entro la medesima *bon. venditio*.

27. — Allo stato di cose che risultava dalla successione nel peculio castrense, era analogo quello determinato dalla successione nei beni del Latinus Iunianus. Il manumissore li acquistava « iure peculii » (3). Conseguentemente è da credere che

(1) Per ciò è da rigettare l'integrazione « nec puto separandos » proposta dal MOMMSEN dopo « videamus ».

(2) Tale distinzione non è, da un punto di vista dommatico, preferibile a quella che contrappone l'*aes alienum in castris contractum* all'*aes extra castra contractum* (D. 29. 1. 17. 1). Ma ai bizantini potè sembrare più recisa e di applicazione pratica più facile. Così BONFANTE, loc. cit.

(3) Cfr. Gai. III. 56 e per la critica del testo *Studia et docum. hist. et iur.*, 3, p. 145 sgg.

si adottassero gli stessi provvedimenti: una distinta percentuale per i creditori che concorrevano sul patrimonio del manumissore con l'*actio de peculio annalis* e la concessione, quando fosse opportuna, della *separatio bonorum*.

Forse Ulpiano ragionava del peculio del Latino Iuniano insieme col peculio castrense; ma i compilatori dovevano omettere questa parte del commentario, essendo stata soppressa la lex Iunia e tutte le istituzioni che ne dipendevano (1).

---

(1) Cfr. Inst. 3. 7. 4; C. 7. 6. 1 (Iustinian. — a. 531).

CORRIGENDA ET ADDENDA

Pag. 10 lin. 1. — Al posto di *D. 42, 7. 1. 1* leggi *D. 42. 7. 1. 2.*

Pag. 19 lin. 7. — Al posto di *sentiva il bisogno* leggi *non sentiva il bisogno.*

Pag. 51 lin. 3. — Aggiungi: « Che la decisione di D. 42. 7. 4 valga solo per la clara persona insolvente risulta dalla stessa parola *fraudatori*. Questa significa proprio l'insolvente (ved. vol. II, p. 208, n. 1). L'interpretazione restrittiva è dunque fedele alla lettera del testo; che sarebbe invece arbitrariamente spiegato da chi l'estendesse all'ipotesi della *distractio* chiusa con un avanzo ».

Pag. 57 lin. 2. — Al posto di *dal tutore e dal curatore* leggi *dal tutore o dal curatore.*

Pag. 63 n. 4 lin. 6. — Al posto di *lex Malacitana 60* leggi *lex Malacitana 57, 60, 67, 69.*

Pag. 108 n. 3. — Alle parole « tutto l'inciso » aggiungi « *bonis eius venditis* ».

Pag. 112 lin. 13. — Al posto di *depositari* leggi *depositi.*

Pag. 132 n. 1 lin. 9. — Al posto di *exigendo* leggi *exigendoque.*

INDICE

CAPITOLO XII. — *La distractio bonorum ex edicto* . . . *pag.* 1

1. La critica di D. 42. 7. 1. — 2. Anche D. 29. 2. 17. 1, 70 §§ 1-2, 77 sono stati interpolati per ammettere la rinuncia dell'eredità « ante condicionem existentem », — 3. La ricostruzione del contenuto originario di D. 42. 7. 1 è possibile col sussidio di D. 28. 5. 23. — 4, Insieme con D. 42. 7. 1, 2 allude all'editto *si pupillus heres tutorem non habebit* anche D. 28. 5. 23. 3. — 5. Perchè i due testi inducono ad ammettere una disposizione edittale relativa alla *missio in bona* dei creditori ereditarii nel caso che il pupillo *suus heres* non abbia un tutore, — 6. D. 42. 5. 6 pr. prova che, astenendosi il pupillo dall'eredità paterna, questa era venduta col sistema della *distractio*. — 7. Che tale *distractio* fosse ordinata dall'editto risulta sia dal discorso di Ulpiano in D. 42. 4. 7. 11, sia dall'ampio commento che circa gli effetti della vendita al dettaglio scrive Paolo nei §§ 1 e 2 del fr. 6 D. 42. 5. — 8. Della clausola relativa all'ipotesi che *pupillus pupilla tutorem non habebit* si precisa il nesso con la clausola del *tempus ad deliberandum* riportata in D. 28. 8. 7 pr. e se ne ricostruisce il contenuto. — 9. Si confutano le obiezioni del Ramadier. — 10. L'eredità devoluta al pupillo si vendeva col metodo della *distractio* anche nel caso di D. 36. 1. 81. — 11. S'ha da dire altrettanto per D. 42. 5. 6. 2 e 42. 8. 24. — 12. La *distractio* dell'eredità paterna dopo l'astensione del pupillo è altresì prevista da D. 27. 3. 18. — 13. La giurisprudenza ha esteso ai beni del furioso la *distractio*, che l'editto ordinava per l'eredità devoluta al *suus heres* impubere. Critica e ricostruzione di D. 42. 4. 7. 10-11. — 14. Il beneficio della *distractio* fu accordato anche al prodigo e agli altri incapaci. Fra i « ceteri, qui curatorum ope iuvantur » di D. 42. 4. 7. 12 non erano compresi i minori di 25 anni. Esame di D. 42. 5. 5; 4. 4. 22; 46. 3. 90. — 15. Contrariamente a ciò che accadeva per la *bonorum venditio*, il debitore nella *distractio* poteva con le azioni *ex ante gesto* far valere il suo diritto sulla rimanenza. Il significato di D. 42. 7. 4. — 16. Si confutano le bizzarrie e gli errori di una recente pubblicazione su D. 42. 7. 4. — 17. La forma della esecuzione contro i municipii. Esame di D. 3. 4. 1. 2; 3. 4. 8; 36. 4. 10. Ricostruzione dell'editto che contro i municipii accordava la *distractio bonorum*. — 18. I motivi economici della *distractio ex edicto*.

CAPITOLO XIII. — *La distractio ex privato consilio* . . *pag.* 68

1. La *distractio* liberamente voluta dai creditori. Esegesi critica di D. 42. 7. 5 e 17. 1. 22. 10. — 2. Si combatte l'opinione che in questi passi il *curator privato consilio electus* sia interpolato in luogo del *magister*. — 3. Tale opinione è mal difesa dal Degenkolb. — 4. I creditori potevano far eseguire la liquidazione del patrimonio del debitore da un loro incaricato. — 5. Nè il debitore aveva interesse ad opporvisi. Il fr. 5 D. 42. 7 non presuppone avvenuta la *cessio bonorum*. Indispensabile era la *missio in bona* per decreto del magistrato con facoltà di vendere. — 6. Il fr. 5 non può riferirsi alla vendita al dettaglio dei beni di difficile conservazione. — 7. Il *privato consilio* non deve essere confuso col *privatim venire* di Gai. III. 154. Critica e restituzione di D. 21. 2. 57 pr. Per il significato di *privato consilio* mantenuto in D. 42. 7. 5 si argomenta dalla soppressione di *privatim* nelle Inst. 3. 25. 8. — 8. Sul rapporto fra la *distractio ex privato consilio* e gli altri casi classici di *distractio*. — 9. La *distractio ex privato consilio* è una sopravvivenza del tempo, in cui, non essendo giuridicamente organizzata l'esecuzione patrimoniale, i creditori con un atto di difesa privata s'impadronivano dei beni del debitore fuggiasco o morto senza eredi.

CAPITOLO XIV. — *Privilegi e azioni reali nel concorso dei creditori* . . . . . *pag.* 102

1. Le azioni utili accordate durante la *missio in bona* dall'editto di D. 42. 7. 2. 1 e la *par condicio creditorum*. — 2. D. 27. 3. 7. 1 prova che i creditori privilegiati potevano agire contro il *curator bonorum* ed essere soddisfatti da costui. — 3. Il decreto, mediante il quale per D. 27. 10. 15. 1 era conseguito il *privilegium exigendi*, poteva anch'essere il decreto col quale il pretore dava l'*actio utilis* contro il *curator bonorum*. — 4. L'alterazione dei testi che parlano di privilegi nei *bona vendita* (anzichè *vendunda*) e il suo significato per diritto giustinianeo. — 5. Il *privilegium exigendi* e la *rei vindicatio* per i depositi bancarii. Esegesi di D. 16. 3. 7. 2-3; 42. 5. 24. 2; 16. 3. 8. Probabilmente il testo originario di D. 42. 5. 24. 2 consentiva la *rei vindicatio* contro la massa fallimentare rappresentata dal *curator bonorum*. — 6. D. 19. 5. 10 prova che la dottrina, secondo cui le azioni reali si potrebbero esercitare durante la *missio in bona*, era utile e pratica. — 7. Che nell'epoca giustinianea le azioni reali fossero esperibili contro i creditori immessi nel possesso parrebbe risultare anche dal Pap. Cair. 27026. — 8. Nel diritto giustinianeo danno le azioni reali contro i semplici detentori D. 6. 1. 9 e 10. 4. 5. 1. La loro interpolazione, di cui è impossibile precisare con sicurezza i limiti, non esclude che il diritto classico riconoscesse nella *rei vindicatio* la legittimazione passiva degli « *in possessionem missi* ». — 9. Basterebbe che contro il *missus rei servandae causa* competesse l'*actio ad exhibendum*. — 10. Non si può argomentare da D. 42. 5. 9. 3, perchè l'accenno all'*actio noxalis* è spurio. — 11. I singoli *privilegia exigendi*. Il privilegio del fisco. Critica di D. 49. 14. 6 pr. Il credito del fisco per le pene era posposto solamente ai crediti di altri creditori privilegiati. D. 49. 14. 17 e C. 10. 7. 1 non sono genuini e presentano il diritto

giustinianeo. C. 11. 33. 2, 2 non si riferisce alle pene fiscali. In alcuni luoghi è chiamato *privilegium* il pegno del fisco o un diritto consimile. Per D. 49. 14. 6. 1 lo stesso privilegio del fisco competeva al patrimonio privato dell'imperatore e dell'imperatrice. — 11 *bis*. Nell'esecuzione *extra ordinem*, a cui il fisco era sempre libero di ricorrere, il privilegio fiscale si concretava in un diritto di pignorare e vendere i beni del debitore con precedenza sugli altri creditori. Come i classici potrebbero aver chiamato questa soggezione dei beni del debitore al pignoramento da parte del fisco. Tanto dal privilegio di esazione nell'*ordo iudiciorum* quanto dal diritto di pignoramento nel processo straordinario esorbitano la facoltà per il fisco di revocare i pagamenti e le vendite del suo debitore o quella di essere anteposto ai creditori pignoratizi di data più antica. Secondo l'editto del prefetto egiziano Tiberio Giulio Alessandro tali prerogative rientrano nella protopraxia, ma è dubbio che questo istituto sia penetrato nel diritto romano prima dell'età postclassica. In particolare si deve escludere che dagli imperatori o dai presidi del tempo classico la protopraxia sia stata conferita alle donne creditrici della restituzione dotale e alle città. — 12. Il *privilegium exigendi* nell'età classica non spettava a tutte le città. Lo desumiamo da D. 42. 5. 37 e da C. 11. 30. 17. Al privilegio non si riferiva C. 8. 17. 4. Nella nuova epoca il privilegio è concesso ad ogni città, ma le fonti giustinianee non lo distinguono più nettamente dal pegno legale privilegiato e dalla protopraxia. — 13. Il credito delle spese funerarie era privilegiato anche se fosse stato richiesto con un'azione diversa dall'*actio funeraria*. Critica di D. 42. 5. 17 pr. e 11. 7. 46. 2. Il credito delle spese funerarie non prevaleva sul diritto di pegno. — 14. Il privilegio accordato a garanzia della dote spettava anche nell'*actio ex stipulatu*. Non si estendeva per diritto classico alla *condictio*, con la quale si chiede la restituzione della dote in un matrimonio mancato o nullo. Il privilegio era personale e non si trasmetteva agli eredi della donna. — 15. Privilegiato è il credito del pupillo sui beni del tutore e quello degli incapaci obbligatoriamente soggetti a cura sui beni dei curatori. Il privilegio non competeva nell'età classica al minor XXV annorum. Il privilegio del pupillo è personale. Era dato contro il protutore e, almeno da alcuni giuristi, contro il gestore di negozi. Ma, prescindendo da questi due casi, non è esatto che il privilegio valga in qualunque azione del pupillo. D. 15. 1. 52 ammette il privilegio nell'*actio tutelae* e *quasi tutelae de peculio*. Il privilegio compete al pupillo anche se l'*actio iudicati* contro il tutore gli deriva da una sentenza pronunciata contro il rappresentante processuale del tutore. Il privilegio non si perde con l'accettazione degli interessi dall'ex-tutore. — 16. Un editto di M. Aurelio concesse il *priv. exigendi* al creditore che aveva prestato denaro per la ricostruzione degli edifici. Quale rapporto passi tra questo editto e il senatoconsulto di D. 20. 2. 1, che accorda un pegno sull'edificio. — 17. Controverso è il grado del privilegio accordato ai depositanti sui beni del banchiere. — 18. Gode del privilegio anche il sovventore del denaro col quale sia stato soddisfatto il creditore privilegiato. Alterato è C. 8. 18. 2 pr. e non si riferiva al privilegio in questione. — 19. Privilegiato è pure il credito per la costruzione o l'armamento della nave. Critica di D. 42. 5. 34. — 20. Le fonti dei singoli privilegi. — 21. Graduazione dei privilegi. La preminenza del fisco. Sugli altri crediti privilegiati il diritto

classico non riconosceva alcuna prevalenza al credito della città, a quello per le spese funebri e per la costruzione o l'armamento della nave. C. 5. 12. 9, che attribuisce una superiorità al privilegio per la restituzione della dote, è interpolato. — 22. Nel diritto giustinianeo prevalgono sugli altri i privilegi del fisco, delle spese funerarie, della restituzione dotale. La graduazione dei privilegi è presupposta dall'interpolato D. 42. 5. 32. — 23. *Privilegia causae* e *privilegia personae*. I privilegi personali non passano agli eredi. Meraviglia che non si trasferiscano nemmeno al cessionario e sembra dubbia la purità di D. 26. 7. 42. — 24. Altri motivi di preferenza tra creditori. I legatarii erano posposti ai creditori del defunto. — 25. Perchè e quando il fedecommissario godesse di una preferenza concorsuale. — 26. La distinzione fra creditori proprii del *pater familias* e creditori peculiari nel concorso sui beni del capocasa. La vendita separata del peculio castrense acquistato dal padre dopo la morte del figlio intestato e il diritto di prelazione dei creditori castrensi. — 27. Il concorso dei creditori sui beni del Latinus Iunianus acquistati dal manumissore.